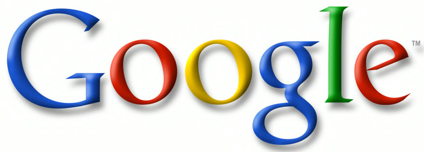
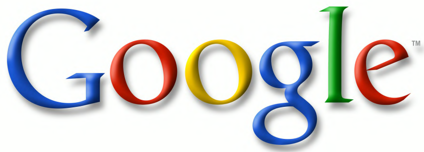
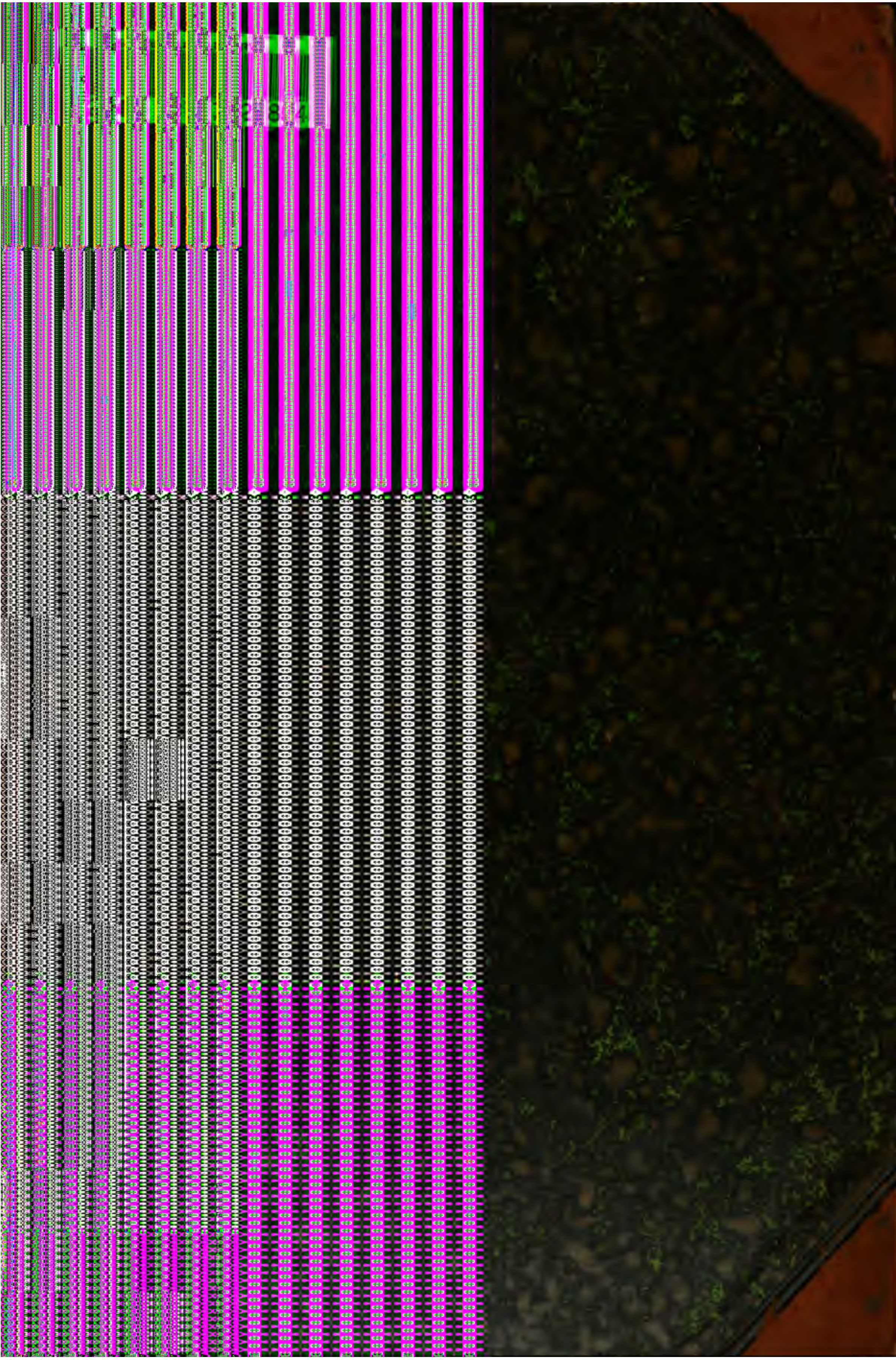







RARY.



Dott. EVARISTO CARUSI

# L'AZIONE PUBLICIANA

IN DIRITTO ROMANO



ROMA
Tipografia Fratelli Pallotta
—
1889

Rec. May 2, 1905.

AL MIO MAESTRO

PROF. V. SCIALOJA



# AVVERTIMENTO

*Il lavoro che pubblico non ha per niente la pretesa di fornire una trattazione completa sulla teoria della Publiciana. Esso è il risultato di studi fatti sui principali problemi intorno alla storia dell'azione fino a* GIUSTINIANO.

*Il tema, anche dopo la recente comparsa del dotto ed ampio libro del Prof.* APPLETON: Histoire de la Propriété Prétorienne et de l'Action Publicienne - Paris - Ernest Thorin 1889, *non mi pare esaurito. Così il* LENEL *ha promesso di voler tornare sulla restituzione dell'editto* (Cfr. p. 87 del vol. I. di APPLETON) *in una prossima pubblicazione.*

*Intanto io porto il mio modesto contributo, e chiedo scusa se talora ho, forse, arditamente contrapposta la mia inesperta opinione a quella dei più provetti giureconsulti.*

*Quanto prima spero di compiere lo studio sulla evoluzione storica dell'istituto fino ai nostri giorni, esa-*

*minando la quistione della sua esistenza in diritto moderno.*

*Per la chiarezza, noto che le citazioni delle fonti antegiustinianee sono fatte sul manuale dello* HUSCHKE, *quelle del* Corpus Juris *sull'edizione* MOMMSEN-KRUEGER *e quelle dei Basilici sull' edizione dello* HEIMBACH.

Roma, agosto 1889.

**E. CARUSI**

# SOMMARIO



# INTRODUZIONE

1.) Il tema della Publiciana è senza dubbio uno dei più trattati e sfruttati in diritto romano (1), e, ciò non ostante, su tutte le quistioni più serie cui esso dà luogo, tanto dal punto di vista storico che tecnico, si è ancora ben lungi dall' essere pervenuti ad una pacifica soluzione: anzi non è esagerato l'affermare che oggi, dopo tanto lavoro scientifico che vi si è consumato attorno, noi non conosciamo ancora la vera natura di quest' azione e la sua esatta portata. In ciascuna singola ricerca, tra i limiti delle opposte opinioni, la sot-

(1) Per la bibliografia antica cfr. GLUECK *(Pand. VIII p. 313)* e per la moderna il VANGEROW *(Lehrbuch I § 335)* e WINDSCHEID *(Pand. I § 199)*. Cfr. anche il GIMMERTHAL (*Die Publ. Klage* Bremen *1881*), dove è riportata in buon numero la bibliografia tedesca speciale dal secolo XVI. Vedi anche più recentemente l'articolo dell' APPLETON nella Nouvelle Revue historique 1885. Per la parte esegetica specialmente cfr. HOMMEL REDIVIVUS al tit. *de Publ. in r. act.* e allo stesso luogo SCHULTING - SMALLEMBURG *(Notae ad Pandectas)*. Senza tener conto dei libri generali o quasi, e delle molte dissertazioni pubblicate tanto in Germania che in Francia.

L' ultimo lavoro è quello dell'APPLETON: *Histoire de la Propriété prétorienne et de l' action Publicienne* (Paris - E. Thorin *1889)*, ove l'autore riproduce i suoi articoli della *Nouvelle Revue* completandoli e coordinandoli alla generale teoria dell'*In bonis habere*.

tigliezza dei moderni giuristi ha saputo trovar modo di soffermarsi a sostenere tutte le sfumature delle intermedie; così, a forza di voler guardare la cosa da tutti i punti di vista possibili, si è immensamente aumentato il numero dei problemi nuovi, e reso sempre più difficile lo scioglimento degli antichi.

Dal KRITZ che, restringendo la nostr' azione alla sola difesa del dominio bonitario, la fa ricomprendere nella *rei vindicatio* in diritto giustinianeo, allo SCHULIN (2) che pretende di estenderla a tutte le *utiles vindicationes*, quale distanza! Or un così largo campo di oscillazione si ripresenta quasi ad ogni passo; la ragione principale di tanta varietà di apprezzamenti sta in ciò che, mancando la base sicura per la discussione, si è troppo andati oltre nel campo delle ipotesi. L'editto, che ha tanta importanza in tutti gli studi romanistici e il cui valore è omai universalmente apprezzato dopo gli studi accurati di cui è stato obbietto in Germania, nel caso nostro poco ci può soccorrere, tanto poco che è anzi intorno ad esso che più viva ferve la lotta. Ciò posto, si intende di leggieri come, avendo la *ratio dubitandi* un così solido fondamento, spesso dobbiamo contentarci della semplice probabilità. Come spero di dimostrare nel corso

(2) KRITZ - *Darstellung practischer Materien des römischen Rechts Bd. I.* - SCHULIN - *Ueber einige Anwendungsfälle der Publ. in rem actio* - Marburg, 1873.

del mio lavoro, io credo che, allo stato presente delle fonti, una sola cosa risulti chiara da quelle, e cioè il fatto di una successiva evoluzione dell'istituto, dalle sue origini a Giustiniano, e nella sua interna organizzazione e nella estensione. Così è che, sorta la nostra azione per la finzione di una compiuta *usucapio*, ha finito per applicarsi anche contro la possibilità di ogni usucapione; cominciando a difendere il diritto conseguente dal possesso (*ad usucapionem*), si è estesa poi anche a sostenere il diritto all'acquisto di un simile possesso. Nè con questo cessava mai di essere quello che era stata; solo che il suo fondamento si allargava a poco a poco in uno sempre più ampio, non negazione ma sviluppo dell'anteriore. In breve io ritengo che la Publiciana, introdotta come difesa dello *stato di usucapione* (*werdendes Eigenthum*) e perciò sulla base della *ficta usucapio*, pur conservando sempre questa funzione come principale, finì per diventare difesa di una *presunta proprietà* in generale (*vermeintliches Eigenthum*), e perciò applicabile anche in casi, in cui espliciti divieti impedivano ogni usucapione.

Tutto quindi si riduce, secondo me, ad una quistione di sviluppo storico, e perciò hanno ragione e torto contemporaneamente tutti quelli, che o sostengono senza restrizione l'assoluta necessità del possesso e della finzione d'usucapione, o viceversa non

vogliono riconoscere che mai così fosse: tutte e due le opinioni trovano infatti il loro appoggio in espliciti luoghi delle fonti e dello stesso titolo del Digesto (VI. 2), e per adattare tutti i testi ad una sola di esse non si può a meno di violentarne alcuni. Ora questa coesistenza ci porge le tracce dello sviluppo storico, che al tempo di GIUSTINIANO si fissa in un modo definitivo, intorno a quel centro cui lo stato del diritto indicava come il più naturale.

È sotto tal punto di vista che a me pare sia solo permesso oggi porsi all' esame di questa materia, rigettando tutti i sistemi estremi che hanno fatto così cattiva prova (3), contentandosi in diritto antegiustinianeo di confessare l' incerto in parecchi punti, e curando di ricavare dal disordine del materiale, che ci offre il Digesto, la ricostruzione organica dell' istituto nel diritto delle Pandette.

Ho creduto di preporre queste affermazioni, che troveranno la loro prova nel corso del lavoro, allo scopo di spiegare il sistema di questo e darne in certo

(3) È perfettamente una frase mal trovata quella che usa lo SCHIRMER, parlando del concetto di mettere a fondamento della Publ. la difesa della presunta proprietà, quando lo dichiara *mostruoso e giuridicamente insostenibile* (Kritische Vierteljahresschr. *1876* princ. della critica all'opera dello HUSCHKE). Nè, come dice l' articolista, è a credere che sia questo un concetto nuovo.
Si confronti il GLUECK VIII, dove si riferisce già come opinione divisa da molti dotti a lui anteriori.

modo la giustificazione, la quale d'altronde, come notava lo HUSCHKE e si può ripetere anche ora, si trova principalmente nel fatto che non si è ancora riusciti a mettersi in nessun modo d'accordo (4).

2.) Su un altro punto è necessario che mi fermi per spiegare la tela del mio lavoro, e cioè sul metodo della trattazione. Nè uno studio strettamente sistematico, nè una pura esegesi, riesce ad unire i pregi di una trattazione ugualmente completa che chiara. Non la esegesi, perchè, dovendosi questa limitare alla sposizione dei testi, non permetterebbe, a meno di turbare troppo l'euritmia dell'insieme, di esaminare parecchi nuovi problemi, cui ha dato luogo la critica moderna e che non si ricollegano se non indirettamente coi testi stessi. L'opera del PELLAT (5), la più recente di questa maniera, ha appunto un tale difetto, come nota anche l'APPLETON. Viceversa, il metodo seguito dallo stesso APPLETON, che è anche quello dello HUSCHKE del GIMMERTHAL e di tutti i più recenti scrittori, ha il difetto che, subordinandosi l'insieme della materia alle particolari convinzioni dello scrivente, non riesce facile il presentare ben distinto ciò che è la oggettiva testimonianza delle fonti dall'opera tutta subiettiva di chi le esamina. Onde, in conchiu-

---

(4) HUSCHKE - *Die Publicianische Klage* - Stuttgart *1874 p. 1.*

(5) PELLAT - *Sur la propriété* - Paris *1853*, opera di molto acume e chiarezza.

sione, ho stimato opportuno di collegare le due maniere senza però confonderle tra loro, in guisa che ciascuna valga a chiarire l'altra.

Fermato anche questo, era da stabilirsi quale delle due dovesse precedere, ed i limiti di entrambe. Ed a tale riguardo ho creduto che all'esegesi dovesse andare innanzi la trattazione indipendente di alcune principali questioni d'indole generale, intorno a cui si è maggiormente discusso: così della giustezza o meno dei concetti in questo luogo esposti, alcuni dei quali si estendono al di là del nostro argomento, potrà servire come riprova l'esame dei testi.

Perciò ho diviso il lavoro in due parti, di cui la prima intitolo: « *Ricerche generali* » e la seconda: « *Note esegetiche al titolo del Digesto VI. 2* ».

Resta ancora che dica una parola dei confini, in cui ho contenuta la prima parte. In essa non mi fermo su tutti i problemi che sono stati obbietto, o possono esserlo, di ricerche indipendenti; ma ne ho scelto solo alcuni col doppio criterio, che la loro soluzione abbia una maggiore influenza per la teoria generale e che presentino maggiori difficoltà dal punto di vista esegetico. Ho distinto poi quanto si ricollega al diritto anteriore a Giustiniano da ciò che è la definitiva forma giustinianea, perchè meglio si rilevasse il valore di quello sviluppo storico, cui ho da principio accennato.

Nella seconda parte poi, piuttosto che attenermi alla divisione materiale dei frammenti e dei paragrafi, ho guardato al nesso logico per la ripartizione del comento, metodo seguito anche dal Pellat, raggruppando quei paragrafi e quei frammenti che vanno considerati da un unico punto di vista.



# PARTE I.

## Ricerche generali.

---

### Ordine e natura delle questioni.

L' ordine esterno, come ho già notato, è l' ordine storico. Basterà por mente ad un solo fatto per convincersi della sua preferenza a qualunque altro; quello della comparsa dell' *in bonis habere* e della sua abolizione operata da Giustiniano. Qualunque opinione si voglia sostenere sulla estensione o meno della nostr' azione a questa forma di proprietà, non si può prescindere dal fermarsi su questa disamina, la quale ha una capitale importanza per molte altre, p. e. per la ricostruzione dell' editto o per l' epoca d' introduzione dell' azione. Ma non si può studiare l' *in bonis* che con metodo storico, dal quale ci si mostra come quell' istituto nell' albero del diritto si ricolleghi ad altri rami preesistenti, specialmente alla *bonae fidei possessio*, con cui in parecchi punti si intreccia e di cui ha subìto l' influenza prima di costituire

una vera e distinta forma di dominio (6). Ora, poichè è appunto l'incontro dei due istituti *(in bonis habere* e *bonae fidei possessio)* il centro delle discussioni sulla Publiciana in diritto storico, così mi è sembrato che la scomparsa della duplice forma di proprietà segni una distinzione interessante nel nostro argomento, distinzione che si riduce a quella del diritto ante= e giustinianeo.

Ma, prima e fuori di questo campo, un altro problema merita di essere in sè stesso studiato, anche per l'ammirabile molteplicità di soluzioni che ha avuto, voglio dire la ricostruzione dell'editto. Per queste considerazioni divido questa prima parte in 3 capitoli:

Cap. 1. Editto.
» 2. Diritto antegiustinianeo.
» 3. La Publiciana in diritto giustinianeo.

Che dell'editto si parli separatamente è spiegato dalla natura particolare di questa ricerca, la quale non si potrebbe bene riporre nè nel 2. nè nel 3. capo, appartenendo all'uno e all'altro in considerazione delle modifiche, che è per lo meno presumibile esso abbia subito: in ordine al qual concetto bisogna

---

(6) Cfr. per tutto questo la pregevole monografia del Ribereau: *Théorie de l'in bonis habere*, ove se ne traccia lo sviluppo ed i punti di contatto colla *bonae fidei possessio*. - E più recentemente: Moreau - *De l'in bonis habere.* Bordeaux, 1883.

tener conto di tre momenti specialmente, la redazione del pretore PUBLICIO, quella di GIULIANO e quella dei compilatori delle Pandette.

E, poichè è desso la base naturale delle varie discussioni, ciò importa che la sua disamina vada innanzi a quelle: così il risultato dello studio sulla probabile dizione dell' editto formerà come una pregiudiziale per le questioni seguenti.

Passando a queste, in diritto antegiustinianeo credo che meriti studio innanzi tutto la ricerca delle tracce, che possono trovarsi in anteriori istituti, del pensiero giuridico informatore della nostra azione. Ad esse accenna lo HUSCHKE in fine della sua monografia (7), riferendosi all' *interdictum de uxore exhibenda vel ducenda* e alla *vindiciarum dictio*, che chiama i precursori (Vorläufer) della Publiciana. Ciò serve sempre più a mostrare come noi abbiamo davanti un concetto in continua evoluzione, che segna in ogni suo stadio una nuova vittoria dell' equità sullo stretto rigoroso diritto.

La connessione delle idee ci conduce, dopo di questo, a determinare l'epoca in cui la Publiciana fu introdotta e l'autore di essa, uno dei punti in cui bisogna contentarsi di una più o meno larga approssizione, senza pretendere a nulla di preciso.

---

(7) HUSCHKE o. c. p. 114.

Determinata l'epoca della comparsa, quale fu, si domanda, il suo primitivo ordinamento, la sua originaria portata?

E quì cade la dibattuta controversia se fosse introdotta a difesa dell' *in bonis* soltanto o della *bonae fidei possessio* o di tutti e due simultaneamente o dall'un istituto estesa all'altro: ciascuna delle possibili ipotesi ha trovato dei sostenitori. Entro i limiti di questa applicazione, salta subito agli occhi la verità del concetto della *ficta usucapio* come base della azione, ed è perciò necessario intrattenersi un po' sul valore di tale criterio, di fronte a testuali casi di Publiciana ove esso è insostenibile. Questo studio ci mostrerà come, pur rimanendo sempre la Publ. un' azione fittizia, la finzione si atteggiò in vario modo per attuare sempre in più larga misura quel concetto, che indusse il pretore Publicio alla sua innovazione. L'originario limite della finzione di usucapione si deve alle circostanze, in occasione delle quali l'azione fu introdotta: innanzi a lei l'usucapione era la guarentigia comune al possessore di buona fede e al domino bonitario, e il primo passo fu quello di dare forza attiva a un tale stato di fatto anche prima dello *statutum tempus*, che originava un diritto sulla cosa posseduta (8). Ma nulla ci obbliga a ritenere che quì si

(8) Huschke o. c. p 19.

fermasse tutto, quando ragioni di ordine analogico e generale da una parte, ed esplicite testimonianze delle fonti dall'altra, stanno contro una simile teorica restrittiva.

In un altro senso è da considerare l'applicabilità della nostra azione, vale a dire nella diversa forma che può prendere, o almeno si è creduto che prenda, per gli obbietti cui si applica o per lo scopo che si prefigge. La sua forma ordinaria, che chiamerò *vindicatoria*, ha per mira il riacquisto, come generalmente si dice, o anche l'acquisto, soggiungo io, di uno stato di fatto che normalmente guida alla proprietà. Ma, come troviamo la Publ. applicata alle servitù, così può discorrersi di una *Publiciana confessoria*. E questo riguardo agli obbietti. Riguardo poi allo scopo, merita esame la così detta *Publiciana rescissoria*, la quale molti ritengono come una forma di Publ. basata su una finzione inversa a quella per la ordinaria, la finzione cioè di *non avvenuta usucapione*. Questa ricerca si intreccia coll'esame della restituzione in intiero per causa di assenza; al qual proposito è singolare la teoria del Prof. Cuq, che sostiene (9) essere dessa una *exceptio*, e non un'*actio*, accordata dallo stesso editto publiciano a difesa di chi, rientrato in possesso di cosa usucapita dall'assente,

(9) Cfr. - Nouvelle Revue historique du Droit - 1877.

era equo che fosse protetto contro le pretensioni di costui. Lo scopo dell'editto publiciano sarebbe in questo modo allargato a stabilire l'efficacia della usucapione tanto prima che dopo trascorso lo *statutum tempus*. Nel 1° caso si concedeva un'azione a chi, essendo in via di diventar proprietario per mezzo del possesso *ad usucapionem*, si vedeva togliere la cosa da parte di un avente niuno o minor diritto: nel 2° si concedeva un'*exceptio* a chi, privato della proprietà da parte di un assente senza che a lui fosse stato possibile di impedirlo accedendo ai tribunali, una volta che gli fosse riuscito di rimettersi in possesso, veniva molestato dal novello proprietario. Là poteva il pretore dare un' azione, perchè la sua opera si inspirava in certo modo allo stesso concetto della usucapione, e quindi compiva lo *ius civile*; quì invece non gli era lecito di andare al di là di una *exceptio*, perchè, invece di rafforzare, distruggeva un diritto già riconosciuto dallo *ius civile*, *non implendi* dunque, ma *corrigendi gratia*. Qual valore abbia una simile ipotesi sarà quello che vedremo a suo luogo.

Una teoria, che si fonda contemporaneamente sul concetto della ordinaria Publiciana e su quello della rescissoria, è esposta dallo Schulin nel suo libro già menzionato. Egli riduce i presupposti della nostr'azione ad un sistema di circostanze di fatto che meritano per sè stesse difesa, come tali cioè, non perchè

diano origine ad un qualunque diritto. L' essersi il pretore servito del sistema della finzione non altera in alcun modo la sostanza della cosa; è un sistema abbreviativo per non esporre tutti i dati, la cui precisa enumerazione sarebbe stata richiesta da una *conceptio in factum* della formula. Da ciò ne deriva che chi una volta si è trovato in quelle tali circostanze, anche se abbia poi perduto per quanto volontariamente (alienazione) ogni specie di diritto originatosi da quelle (purchè tale perdita non abbia attaccato le circostanze stesse), può sempre intentare la Publiciana, anche contro il successore in quei diritti, e, se è in grado di replicare alle eccezioni di costui o per via di una *restitutio in integrum* o in altra guisa, ottener vittoria. Così a questa figura giuridica riduce le *utiles vindicationes*, combattendo tutti i sistemi di coloro, che ne fanno un dr. straordinario. Ma, come vedremo esaminando più da vicino questo tentativo, esso non riesce allo scopo che si prefigge, di reggimentare cioè nell' ambito di un istituto generale (la Publiciana) quei casi di *rei vindicatio,* che sono in verità delle reali eccezioni al giure comune.

Quì noto soltanto come lo Schulin sia caduto in una singolare contradizione: mentre accenna come prima delle sue condizioni di fatto il *possesso goduto* della cosa, tutti i casi compresi nel secondo gruppo del suo lavoro presuppongono perfettamente il contrario, p. e.

quello dell'acquisto fatto dal tutore col denaro del pupillo (L. 2. D. 26. 9; L. 3. C. 5. 51).

Un' ultima forma che può discutersi prenda l'az. Publ. per rispetto allo scopo è, in analogia alla *rei vindicatio*, cui la nostra azione (10) dai testi esplicitamente si raccosta, quella di *negatoria*.

L'esame dei problemi trattati in questo secondo capitolo mostrerà quel movimento indiscutibile che vi fu, innanzi alla codificazione Giustinianea, intorno al modo di intendere e di applicare la nostr' azione. La scomparsa dell' *in bonis*, per opera dell' imperatore bizantino, costituì un'altra causa di perturbazione nel sistema dell' istituto. I compilatori, di fronte a testi che si riferivano direttamente a quell' applicazione, furono costretti o a tralasciarli o a interpolarli, per ridurli sotto la rubrica della *vindicatio* o della *Publiciana* nei nuovi suoi limiti. D'altra parte, come nelle altre materie, introdussero nello stesso corpo di leggi testi recanti differenti opinioni: a noi spetta il compito, dietro una critica comparativa dei medesimi, tenuto conto dei dati storici, costruire la teorica dello istituto in diritto delle Pandette. Ciò forma l'obbietto del terzo capitolo.

(10) L. 7 §§ 6 e 8 h. t.

# CAPITOLO I.

## L'EDITTO

### § I.

### *Preliminari.*

1.) Tutti coloro, che hanno studiato il tema della Publiciana, di fronte alla domanda se l' editto fosse proprio qnello riportato al fr. 1. § 1. h. t. e cioè: *Praetor ait*: *si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo,* sono stati concordi a rispondere per la negativa. Basta infatti guardare al fr. 7 § 11 eod. ove è scritto:

*Praetor ait: qui bona fide emit*

e osservare che il fr. 7 appartiene allo stesso libro XVI del comentario *ad edictum* di ULPIANO. Ora è assolutamente impossibile che il giureconsulto comentasse, come dell'editto, parole che non vi si trovavano. Questa semplice osservazione ha fatto il miracolo della concordia tra gli interpetri sul lato negativo della risposta, ma, inquanto alla ricostruzione, ciascuno ne ha detto una diversa.

2.) Prima di entrare nel campo intricato delle varie opinioni, noto che la critica, oltre che al testo dell'*e*-

*dictum* (11) *stricto sensu*, cioè alle clausole contenenti la regola di *ius praetorium*, si estende anche alla *formula*, di cui ci ha conservato un ricordo Gaio (*Comm.* IV. 36) in questi termini:

*Intendit* (actor sc.) *velut hoc modo: Iudex esto. Si quem hominem A. A. emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius esse oporteret* et rel.

La ragione di questo ricongiungimento della for-

---

(11) Lo Huschke o. c. p. 4 sgg. distingue quello, che noi abbiamo chiamato editto in senso stretto, col nome di *monitorium*, in quanto ammoniva i cittadini del trattamento, che loro il Pretore avrebbe fatto nelle singole quistioni (L. 2 § 10 D. 1. 2).

Questo nome di *monitorium* viene dall' opera di Callistrato registrata nell' indice Fiorentino: *edicton monitorion* βιβλία ἕξ, che è stata escerpita nelle Pandette.

Ora alcuni riferiscono l'addiettivo all' editto nel suo largo senso, comprendente cioè anche le formule, per contrapporre il carattere benigno del dr. pretorio a quello capzioso del dr. civile (Rudorff *Zeitschr. f. RG.* III p. 20. 29); spiegazione che lo Huschke però rigetta, non sapendosi con essa dar ragione dell'opera di Callistrato. E perchè? Dall' opinione del Rudorff non discende, come pare allo Huschke, che Callistrato nel suo libro dovesse trattare di questa qualità dell'editto: potrebbe benissimo essere che egli avesse usato nel titolo quel predicato seguendo il comune linguaggio. Contro questa ipotesi sta però il fatto di non riscontrarsi altrove tale indicazione; sì che non è improbabile la spiegazione del Pernice, il quale intende *l'edicton monitorion* della Fiorentina = *edictorum monitoriorum*, il cui nominativo sarebbe *edictorum monitoria*, traduzione del greco ὑπομνήματα. A questa opinione accede lo Schulin (Krit. Vierteljahresscrift. 18 p. 644), ma di sicuro non si può nulla affermare.

Per le ipotesi più antiche cfr. Heineccio - *Histor. ed.* 1. 2. 12 sgg.

mula all'editto, nella disamina, si è che da taluni si riferisce parte dei comenti, che son riportati nel titolo della nostr' azione, appunto alla formula. In generale pare che i comentatori dell' editto comentassero anche le formole, per quanto il Wlassak (12) sostenga che quelle riferentisi al dr. pretorio ne avessero minor bisogno, perchè calcate *ad verba edicti*. Ma questa materia delle clausole e formule edittali è così controversa, che è necessario in ogni singolo caso mostrare delle tracce speciali, che provino essersi il comentatore occupato della formula.

3.) Ora le cause di mutamenti per l'editto in genere possono essere state parecchie. Già sappiamo che ogni pretore poteva anno per anno ritoccare le disposizioni del suo predecessore (13) come credeva meglio, ed è naturale il supporre che ciò avvenisse specialmente per le materie più soggette a subire l'influenza del progresso dei tempi.

L'aggettivo *perpetuum*, come si sa, indicava in origine la durata per tutto l'anno.

Inquanto poi a rimaneggiamenti generali, conosciamo che Aulo Ofilio, come ci attesta Pomponio (L. 2. § 44 D. 1. 2.), *de iurisdictione edictum praetoris pri-*

---

(12) Wlassak *Edict und Klageform* 1882.

(13) Cfr. Roby - *An introduction to the study of Justinian' s Digest*. 1884; e la discussione completa su questo argomento nella *Practical Jurisprudence* (Cambridge, 1883) del Pfr. Clark p. 208 segg.

*mum diligenter composuit;* e lo stesso *componere* o somigliante parola (14) viene usata per indicare l'opera posteriore più famosa di SALVIO GIULIANO, imposta come legge da ADRIANO (*const.* Δέδωκεν § 18) e confermata da un S. C. (*const. Tanta* § 18). Non è ben conosciuto quale fosse la natura di queste due *compositiones*, ma è opinione comune che non si limitassero ad un semplice ordinamento del diritto onorario preesistente, bensì vi apportassero delle modifiche (15). Sono celebri infine le interpolazioni dovute ai compilatori sotto la direzione di TRIBONIANO; in ultimo gli errori dei copisti e degli editori.

Se ci fosse dato di seguire i mutamenti di ciascun editto attraverso tutti questi diversi stadi, nulla di più interessante e di più sicuro per la storia dei vari istituti, ma i documenti ci fanno difetto. Tutte le ricerche in questa materia sogliono raggrupparsi intorno all'editto Giulianeo, che fu, al tempo della distinzione tra i due diritti (civile ed onorario), per quest'ultimo, quello che la codificazione giustinianea fu pel diritto in genere, dopo la scomparsa della famosa dualità. È molto tempo che la scienza si travaglia per

(14) Usano *componere* EUTROPIO VIII. 17 e AURELIO VITTORE - *Caesar* 19. GIUSTINIANO chiama GIULIANO *edicti ordinator* nella L. VI. C. 5. 10, e *conditor* nella Const. *Tanta* § 18.

(15) Per GIULIANO abbiamo la testimonianza di MARCELLO L. 3. D. 37. 8; a ciò sembra si alluda anche nel Digesto L. 1 (4. 2) e L. 4 (43. 19).

riuscire a riprodurre l' opera compiuta al tempo di ADRIANO, conservata a noi solo frammentariamente; ma neanche l'ultimo tentativo del LENEL, che senza dubbio supera di gran lunga tutti i precedenti per l'acume e l' accuratezza della ricerca, resiste sempre alle obbiezioni della critica. Come vedremo innanzi, spesso l'ipotesi è andata più in là del convenevole (16).

Il mezzo per risalire dal Digesto all'Editto è specialmente lo studio dei comentari di questo escerpiti nelle Pandette; i compilatori, nel ritoccare il materiale che avevano dinanzi, non sempre seppero o poterono condurre la loro opera in modo da non lasciare le tracce delle alterazioni: or è su questo fallace terreno che si fondano le indagini dei moderni (17).

---

(16) Prima del LENEL nel nostro secolo si sono occupati dello stesso tema anche il RUDORFF il GIRAUD l' HAENEL l' HAUBOLD il VAN REENEN il DE WEYHE; nel sec. XVIII l'HEINECCIO il WIELING il NOODT; nel XVII il VAN GIFFEN il GODEFROY; nel XVI il RANCHIN il BARON il BRISSON. Cfr. il citato articolo del CUQ nella Nouv. Revue 1877.

Per l'editto Publ. in ispecie cfr. dello stesso LENEL *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* - Lipsia 1878. Tra gli altri moderni più interessanti, in Francia lo scritto citato del PELLAT, l'articolo del CUQ e i 4 articoli dell'APPLETON, due nella Nouvelle Revue (1885 e 86) e due nella Revue générale (1886), in Germania le monografie dello HUSCHKE (1874) e del GIMMERTHAL (1881).

(17) Le quattro opere fondamentali a questo riguardo sono i comentari di ULPIANO PAOLO e GAIO ed i *Digesti* di GIULIANO. Però lo stesso LENEL nota che il loro aiuto è relativo (Cfr. pref. all' Editto).

Ciò premesso a titolo di preliminari, è ora di esporre quali siano gli indizi, per cui i vari studiosi del dr. romano han creduto di ravvisare corrotto l'editto Publiciano riferito nei Digesti.

## § II.

### *Sospetti e tracce di alterazioni.*

### I.

1.) Già HEINECCIO (18) aveva notato che il *traditur* della L. I. non corrisponde perfettamente al concetto di una già compiuta tradizione, cui nel caso si allude: a questa ragione sintattica soccorre l'osservazione di fatto che nei Basilici (XV. 2. 1. t. II. p. 169 ed. HEIMBACH) e in GAIO (IV. 36) si trova usato appunto il passato. Tornò su questo punto lo HUSCHKE prima in una nota al luogo citato di GAIO nella sua « *iurisprudentia anteiustiniana* » e poscia nel suo studio sulla Publiciana.

2.) Il LENEL, nei *Beiträge*, facendo tesoro delle osservazioni antecedenti, dà un più largo sviluppo all'argomento.

Ecco come egli ragiona. *Id quod traditur* può significare o ciò, di cui nel fatto si compie tradizione, o ciò

---

(18) *Op. posth.* Halae 1744 p. 470 - Cfr. GLUECK *Comm.* VIII, 321.

che è suscettibile di tradizione. Nel nostro caso non può avere il primo senso chè allora, per la *consecutio temporum*, dovrebbe trovarsi il passato o il futuro terzo (19); meno ancora può avere il secondo, perchè l'*ex iusta causa* resterebbe sospeso, non potendo riferirsi al *traditur* (altrimenti ne viene fuori una sciocchezza: *ciò che è suscettibile di tradizione per giusto titolo)* nè al *petet* (il giureconsulto avrebbe detta una banalità: *sosterrò chi avrà intentatata l'azione a buon dritto)*: per conseguenza il testo è corrotto (20).

3.) Ma a questo ragionamento si possono fare, e sono state fatte, delle obbiezioni. Così, contro la stonatura del presente, si è osservato essere consentaneo alla sintassi latina *praesens tempus pro praeterito poni*, come scrive il Cuiacio seguìto da altri (21). Ma il Lenel risponde che non è il caso di simile licenza, in base alla stessa autorità del Perizonio citato dai suoi

---

(19) Il Lenel cita gli analoghi esempi di *id quod metus causa gestum erit*, o nell' az. Paulliana: *quae gesta erunt* (L. 1. D. 4. 2. e L. 1. D. 42. 8).

(20) Anche altri giuristi hanno rigettato la legittimità del *traditur* (Cfr. Schulting - Smallenburg. *Notae* ad h. l.) come il Westenberg, Reinold, Huber etc. L' Hotmann e il Fabrot sono citati dal Noodt. Così pure il Mommsen (*Corp. Iur.*) e lo Schirmer (Kritische Vierteljahresschrift 1876).

(21) Noodt h. t. - Pellat o. c. p. 449 - Cuq l. c. 625 - Il Lenel cita: Van Reenen - *Fontes iuris civ.* p. 58 - Obrock *De Publ. act.* p. 49 - Guyet *De Publ.* etc. p. 30. Cfr. anche Schulin nell' articolo cit. della Krit. Viertelj. - in fine.

contradittori (22); l' APPLETON stesso, che sostiene il *traditur,* riconosce però nel secondo dei suoi articoli della Rev. génér. che questa ragione del CUIACIO è insostenibile, perchè *des licences de style sont inadmissibles dans l' Edit.* L'APPLETON batte invece l'argomentazione del LENEL in altra guisa. Egli ammette bensì che la frase non possa avere il primo significato; ma non ugualmente del secondo, che interpetra in una particolar maniera. Non già « tutto ciò che è suscettibile di tradizione » (23), ma « ciò che ordinariamente si trasferisce per tradizione » e cioè le *res nec mancipi.*

Ma e allora l'*ex iusta causa?* Resta sempre l'impossibilità di ricongiungere questa frase tanto al *traditur* che al *petet,* per le ragioni addotte dal LENEL.

L'APPLETON infatti lo riconosce, se bene nell'articolo della Nouv. Revue (1885) tendesse pel secondo ricongiungimento (24); soltanto elude l'obbiezione con un' artificiosa manovra. L'osservazione del LENEL, egli scrive, non prova che due cose: a) nell'editto doveva

(22) PERIZONIUS *ad Sanctii Minervam* libr. I c. 13.

(23) Stanno per questo significato, come egli nota : KRITZ - *Darstellung practischer Materien* p. 81 ; GUYET e OBROCK l. c.

(24) L' APPLETON, come gli altri, per questo riferimento si fondava sulla L. 3 § 1 h. t. « *Ait praetor: ex iusta causa petet* », dove è concessa la Publ. perchè l' attore è un *iustus possessor et petitor.* Ma, come notava il LENEL nei suoi *Beiträge:* 1° il pretore può parlare qui di *iustus petitor* senza che da questo debba inferirsi nell'editto si alluda ad una *petitio ex iusta causa* - 2° niente

trovarsi una espressione che alludesse al fatto concreto della avvenuta *traditio*, b) è a questa espressione che va ricongiunto l'*ex iusta causa* come condizione. Ora tutto ciò, egli soggiunge, non è inconciliabile col mio concetto; infatti basta supporre che l'editto suonasse:

« *Si quis id quod traditur, traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo* » e tale redazione, mentre sodisfa alla mia ipotesi, sfugge alla critica del LENEL. Ma qual grado di inverosimiglianza non ha pel severo e corretto linguaggio dell'editto il raccostamento del *traditum* al *traditur*, e, quello che è peggio, usati in due sensi differenti, il 1° indicando una qualità della cosa ed il 2° una circostanza di fatto?

Lo stesso APPLETON se n'accorge e si affretta a scrivere in una noticina che v'è « *quelque chose de choquant* »; per rimediare al quale sconcio, profittando di una osservazione del LENEL (25), suppone che nel

---

di più probabile che originariamente fosse scritto *Praetor ait: traditum* (o *traditur* se così si ritiene) *ex iusta causa petet*, tanto più che subito dopo si soggiunge:

*Qui igitur* IUSTAM CAUSAM TRADITIONIS *habet utitur Publiciana*. E queste ragioni hanno appunto indotto l'APPLETON a mutare opinione. (n. 1 p. 217 nella Revue générale del 1887).

(25) Il LENEL, come vedremo, spiega il *traditur* del fr. 1 così: Originariamente era scritto *id quod mancipatur traditum*. I compilatori sostituirono, al *mancipatur*, *traditur*; furono quindi obbligati a togliere *traditum* per evitare *traditur traditum;* perciò l' *ex iusta causa* rimase in sospeso.

testo originario tra il *traditur* e il *traditum* vi fosse un *vel mancipatur*. I compilatori, avendo tolto il *mancipatur*, tolsero anche il *traditum* raccostato così artificialmente al *traditur,* onde si ebbe la forma del Digesto: *id quod traditur ex iusta causa.*

4.) Or, a parte la probabilità di questa doppia clausola nell'editto (questione che esamineremo più innanzi), notiamo intanto che essa, sebbene si connetta col sistema del nostro autore, può parere un ripiego per sfuggire alle conseguenze *choquants* dell'interpetrazione dell'*id quod traditur.* In quanto poi al merito di questa eguaglianza tra l'*id quod traditur* e le *res nec mancipi,* non mi pare una ipotesi accettabile. Se qualcosa può voler dire una frase generica come questa, escluso che alluda al fatto di un' avvenuta tradizione, è quello che sostiene il Kritz, cioè « ciò che è suscettibile di tradizione ».

Che significato avrebbe quel *traditur* per restringerlo alle sole *res nec mancipi* ? Forse sarebbe una espressione pregnante in luogo di *quod tradi* DEBET, allo scopo intendi del passaggio di proprietà? Ma la lingua latina avrebbe richiesto in tal senso un *tradendum.* Forse indica una possibilità: *quod tradi* POTEST ? Ma tutte le cose sono suscettibili di tradizione. Forse allude alla generale costumanza: *quod tradi* SOLET ? Ma, prima di tutto, per indicare in questo senso le *res nec mancipi* dovrebbe dire: *quod*

*tradi* TANTUM *solet*; e poi bisogna ricordarsi che, per ammettere l'applicazione della Publiciana all'*in bonis habere* (ciò che fa l'APPLETON colla sua ricostruzione dell'editto), è altamente verosimile presupporre l'uso invalso di tralasciare la *mancipatio* negli ordinari rapporti del commercio, essendo noto che il pretore, quando faceva delle innovazioni, più che alle astratte ragioni di giustizia badava ai pratici bisogni della società. Ciò del resto è naturale in un sistema di continui strappi al diritto imperante: se si comincia ad ammettere come regola, in un magistrato, la facoltà di andare contro il diritto per ogni disposizione di questo che possa sembrar ingiusta, non si sa più dove si va a finire. Per tali ragioni conchiudo col rigettare l'ipotesi dell'APPLETON (26).

---

(26) Io credo che l'APPLETON sia stato influenzato, in questa sua ipotesi, da una osservazione che fa il LENEL a proposito del suo: *id quod mancipatur*. Queste parole equivarrebbero le altre: *res mancipi*; ma il LENEL trova che si potrebbe obbiettare essere inverosimile che il pretore, in luogo della frase tecnica, ricorresse a quella espressione indeterminata. Egli risponde facendo notare che *mancipi* non era tecnico in antico, come risulta dal passo di GAIO (II. 26 in f.), ove è detto che in quel senso si usava anche *nexum habere, nexum alicuius rei esse*.

Ora io qui osservo che il LENEL ha creduto degno di schiarimento l'asserire che *id quod mancipatur* stesse in luogo di *res mancipi*, e pure la *mancipatio* è caratteristica in questo genere di cose, ma può lo stesso dirsi della *traditio* per le *nec mancipi*? Quanto per ciò non cresce in questo secondo caso la improbabilità?

L' osservazione fatta da altri, tra cui il Gimmerthal (27), che cioè *traditur* e non *traditum* si riscontra i tutti i codici e in tutte le edizioni, conduce alla conseguenza che *traditur* debba essere la forma usata dai compilatori e non già un' alterazione dei copisti. Ciò posto, se si afferma che i compilatori mutarono dall' Editto, bisogna dare una spiegazione, almeno materialmente verosimile, del mutamento; e pure essa manca presso tutti i sostenitori del *traditum*, meno il Lenel (cfr. sopra n. 24).

Se, come scrive lo Schulin, non è *a priori* escluso vi possano essere delle interpolazioni sconclusionate, questo è pure l' ultimo rifugio della critica, almeno fino a tanto sia dimostrato non appartenere i compilatori a quel genere di *animalia plena rationis quos vocamus homines* (28).

5.) Per conchiudere intorno al *traditur*, abbiamo visto che in sostanza due sensi possono essergli attribuiti, l' uno che alluderebbe al fatto dell' avvenuta tradizione, l' altro alla possibilità di essa. Il 1° è stato criticato per la poca correttezza sintattica di un presente in luogo di un passato, il 2° perchè rende impossibile spiegarsi la successiva frase *ex iusta causa*. Contro quest' ultima critica inutilmente l' Appleton cerca di

---

(27) l. c. p. 65.
(28) Kritische Vierteljahresschrift v. 18 pag. 544.

restringere l' estensione del secondo significato, e credo che in realtà essa sia inconfutabile; contro la prima si è ricorso al noto precetto dello scambio tra presente e passato, alla qual obbiezione è stato replicato per l'inammissibilità di applicazione di quella regola, impegnandosi così una controversia grammaticale (29). E pure mi sembra strano non si sia pensato ad una spiegazione, appunto grammaticale, molto semplice, di quel presente (*id quod traditur*). Il presente in latino, e non solo in latino, specie in quella forma passiva impersonale, ha spesso un senso indeterminato, per cui, mentre può significare qualunque tempo, non ne fissa alcuno. È proprio il caso nostro, dove il pretore allude con quelle parole ad una tradizione qualunque, o anteriore o contemporanea o posteriore al momento in cui egli parla. Va bene che per rispetto alla *petitio* sarà sempre un passato, ma appunto il presente è passato di fronte al futuro (*traditur.... petet*). (30) Colle parole:

---

(29) L' APPLETON (Revue générale p. 216 - 1886) scrive che l' errore dei suoi contradittori consiste nel falso presupposto, da cui essi partono, di ritenere cioè che le regole ordinarie della sintassi avrebbero richiesto *traditum est*, mentre vi si sarebbe dovuto leggere *traditum erit*.

Perciò non sarebbe il caso di un presente in luogo del passato, ma di un futuro terzo.

(30) Nè ciò è contrario al linguaggio giuridico delle leggi. Nei testi delle XII tavole è noto come si usi in simili proposizioni condizionali o relative il presente in luogo del passato

*si quis id quod traditur ... nondum usucaptum petet, iudicium dabo*, il pretore ha usato un rapporto di tempi simile a quello che in italiano si trova in questo periodo: *se si fa ad alcuno tradizione di una cosa e questi la richiederà quando essa non sia stata ancora usucapita, io sosterrò le sue ragioni.* Or chi si sognerebbe di negare che nella prima proposizione condizionale si possa ugualmente comprendere una tradizione passata presente o futura, per rispetto alla promulgazione della legge, ma sempre passata per rispetto all'apertura del giudizio? Una difficoltà potrebbe trovarsi nell' *et* innanzi al *nondum usucaptum*, ma a suo luogo dirò la mia opinione al proposito (31). Così si giustifica la presenza del *traditur* nell'editto Adrianeo e si sfugge al triplice sconcio, o di apporre

---

o del futuro, mentre nella proposizione principale si trova costantemente l' imperativo, il quale poi non è che una forma più solenne in luogo dell' ordinario futuro. Talora si ha anche in una prima proposizione condizionale il presente, e in una seconda relativa il futuro: *si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* (fr. 4 tav. V.).

(31) Inquanto all' argomento tratto dalla L. 3. § 1 (di cui alla nota 24) per riferire l' *ex iusta causa* a *petet*, la cosa si spiega anche senza ricorrere alla lezione proposta dal LENEL. Il giureconsulto, dopo essersi fermato sulla *traditio* e sulla *usucapio*, nè dovendo comentare il *non a domino* che come vedremo non esisteva nel testo, ricongiunge l' *ex iusta causa* al *petet*, non già perchè vi sia relazione tra loro, ma per accennare esser finito l' elenco delle condizioni presupposte per l' esperimento della azione; subito poi colle parole seguenti ricollega la *iusta causa* alla *traditio*.

ai compilatori un arbitrario mutamento, o di spiegare una ipotesi con delle altre più ardite, o di attribuire a tutti i copisti un errore che è solo nella nostra immaginazione.

## II.

Il NOODT (32) non si è peritato di asserire che l'*ex iusta causa* sia un' aggiunta di ULPIANO in luogo dell'originario *emit*. A ciò fu indotto per giustificare la sua ricostruzione, e non ha quindi alcun valore la sua ipotesi; così pure pel PUNTSCHART (33). Una obbiezione insormontabile si è che tanto PAOLO (L. 4 e 6 D. h. t.) quanto GIULIANO e MARCELLO (L. 7 §§ 2 e 17; L. 11 § 4 D. h. t.) comentano le parole in questione (34).

Altra cosa è poi vedere se originariamente la Publ. si estendesse ad ogni *iusta causa*, o fosse invece ristretta alla *emptio-venditio;* io credo che quest' ultima ipotesi sia la vera, ma da ciò non consegue che l' opera di estensione sia posteriore a GIULIANO (35).

---

(32) l. c. p. 164.

(33) È citato dal LENEL - *Beiträge* p. 10.

(34) Fanno questa osservazione GLUECK, PELLAT, CUQ, HUSCHKE, GIMMERTHAL, APPLETON.

(35) L' APPLETON giustamente sottoscrive all' osservazione del LENEL (*Beiträge* 47 in fine), il quale trova nel *veluti hoc modo* del passo citato di GAIO (IV. 36) una prova della presenza dell' *ex iusta causa* nell' editto Giulianeo.

## III.

1.) Passiamo alle parole *non a domino*. Una prima quistione che si fa intorno ad esso è se debba leggersi *non a domino*, come troviamo al fr. 1, oppure *a non domino*, secondo i Basilici e la correzione di Accursio e di Ranchin (36). Io non esito a ritenere col Cuq che l'essere usata questa stessa frase nel fr. 7 § 11 h. t. nella forma *non a domino* sia una buona ragione per preferirla (37).

Lo Huschke osserva che in realtà la forma *a non domino* sarebbe grammaticalmente più giusta, perchè nell' altra parrebbe il *non* negare lo stesso *petet;* ma ciò è erroneo, anche ammesso, come egli sostiene, che l' *et* tra *non a domino* e *nondum usucaptum* obblighi a riferire il *non a domino* a *petet:* del resto lo Huschke stesso riconosce che è una quistione di poca entità.

2.) Un'altra causa di disputa tra gli interpetri è

---

(36) Meermann *Thes.* t. III pag. 245.

(37) Oltre il fr. 7 § 11 h. t. sono citati dallo Huschke in favore del *non a domino* L. 9 § 5 D. 22. 6; Gaio 2. 43; L. 4 § 23 D. 41. 3. Il Bruns invece (Jahrbüch. des gem. R. IV 19) cita undici testi contro.

Non è poi strano riferirsi al fr. 7 di Ulpiano, pur sostenendo che questa frase sia una interpolazione dei compilatori, i quali è possibile che si servissero appunto delle parole del giureconsulto, senza badare che questo avrebbe rivelato la verità.

vedere se il *non a domino* appunto, come si trova nel fr. I, debba riferirsi al *traditur* o al *petet*: ciò conduce a discutere se sia o no genuino; intanto noto che il solo fatto di trovarsi in sospeso, in modo da potersi stirare in tutti e due i sensi, depone contro l'ipotesi affermativa.

Abbiamo già notato come lo HUSCHKE troverebbe nell'*et* un argomento per riferire la frase al *petet*, sì che, riconoscendo d'altra parte inammissibile questo nesso, è condotto a mutare l'*et* in *est*; ma ciò non ha alcun serio valore. Se non ci fossero ragioni estranee al testo, in esso il *non a domino* si trova in posizione tale da prestarsi ad ambedue le interpetrazioni. Ora ragioni estranee per sostenere il *non a domino* debba ricollegarsi al *petet* non ce ne sono; nè vale il dire che si incontrano difficoltà seguendo l'altra opinione, perchè da ciò si può solo conchiudere non essere la frase originaria dell'editto (38). Esistono invece valevoli ragioni in contrario. Ma a questo proposito è bene prima intendersi sul senso, che deriverebbe da simile interpetrazione. Il CUQ nel-

(38) Ricollegano la frase al *petet* il BRISSON (*de formulis* l. III § 10) e GUYET (*de publ.* p. 30) ponendo una virgola innanzi al *non*. Cfr. CUQ. (l. c. p. 625). Cfr. anche BETHMANN-HOLLWEG (*Civil proc.* II. 310) e VOIGT (*Jus naturale* IX p. 479) citati dall' APPLETON; BALLHORN (*Ueber Dominium* p. 109 n. 81) e UNTERHOLZNER (Rhein. Mus. V. 15) e Zeitschr. f. GRW. VIII, 21 citati dal PELLAT.

l'articolo citato scrive a p. 626: « *il s'agirait non pas d'une action intentée par une personne qui n' a pas encore usucapé, mais d' une action exercée contre un possesseur qui n'a pas achevé d' usucaper* »; in altre parole il convenuto dovrebbe essere un possessore in via di usucapire. Ora si capisce come sia facile al Cuq di combattere la ipotesi così formulata, ma essa in vero non è la conseguenza del collegamento di *non a domino* a *petet.*

Il convenuto, essendo chiamato *non dominus*, si capisce che non ha potuto usucapire, altrimenti sarebbe *dominus*; ma il *nondum usucaptum* non può avere l' ufficio di restringere il numero dei convenuti ai *non domini in via usucapiendi*, perchè, una volta concessa l' azione contro costoro, *a fortiori* deve concedersi contro quelli, che, non potendo usucapire, si trovano in una posizione inferiore per rispetto al rapporto colla cosa. Del resto nulla osta perchè si riferisca il *non a domino* al convenuto e il *nondum usucaptum* all'attore. La virgola prima del *non* o dopo *domino* non è mai accettabile; nel primo caso è sbagliata, se la frase si riferisce al *traditur*, e superflua se a *petet;* nel secondo poi, che è il sistema del Cuq, è ridicolo che una virgola disgiunga ciò che la copulativa *et* congiunge.

Rigettata così la interpetrazione del Cuq, resta la opinione ordinaria, secondo cui il riferimento di *non*

*a domino* a *petet* verrebbe a negare la possibilità di una Publ. contro il proprietario. Ora è possibile ammettere ciò?

Nei fr. 16 e 17 h. t. si stabilisce come sia concessa al proprietario la *exceptio iusti domini*, dunque è possibile intentare contro di lui l'azione; la esplicita concessione di una *exceptio* non potrebbe conciliarsi colla impossibilità di intentare l'azione sancita da apposito divieto nell' editto. Inoltre NERAZIO nell' ultimo frammento h. t., parlando delle ragioni per cui la Publ. non è diretta a spogliare il proprietario, prima cita l'equità, poscia l'eccezione, non l' editto. Nelle nostre fonti poi non si parla mai del *non a domino petere*, sì bene del *non a domino emisse.* (39)

3.) Escluso dunque che il *non a domino* si riferisca al *petet*, resta a vedere se può riferirsi al *traditur*. Ma anche questa ipotesi è insostenibile. Infatti, mentre nell' editto si stabilirebbe la *traditio non a domino*, nella L. 7 §§ 2 e 4 ULPIANO reca esempi, ove si suppone l' acquisto *a domino* (40). Inoltre al fr. 7

---

(39) Cfr. APPLETON - Rev. Gén. 1886 p. 221; LENEL - *Beiträge* p. 5. Noto che il LENEL non crede una difficoltà insormontabile, contro tale interpretazione, il fatto di concedersi la Publ. anche in contraddittorio del domino, poichè questa potrebbe essere una ragionevole estensione della giurisprudenza. Ma il testo di NERAZIO è categorico.

(40) Si concede la Publ. se il venditore, pur essendo proprietario, non aveva la facoltà di alienare (minore, folle), ignorandolo però il compratore.

§ 11 si trova scritto: *Proinde hoc sufficit me bonae fidei emtorem fuisse quamvis non a domino emerim* etc., il che sarebbe strano se nell'editto il caso preveduto fosse appunto l'acquisto *non a domino*. Ulpiano inoltre, che pur comenta tütte le parole dell'editto, avrebbe tralasciato queste; non essendo presumibile che i compilatori ne abbiano messo fuori il comento, poichè esse hanno una speciale importanza in dr. giustinianeo, ove la Publ. era ristretta alla *possessio bonae fidei* dopo la scomparsa dell'*in bonis*. Anche Gaio (IV. 36), ove enumera i requisiti per l'esperimento dell'azione, non parla affatto di questo (41).

4.) Nè al *petet* dunque nè al *traditur* è ragionevole riferire il *non a domino*, che per conseguenza si addimostra per una interpolazione Tribonianea (42). E la cosa, oltre che esser provata grammaticalmente, è d'altra parte assai verosimile, se si considera appunto il fatto dell'abolizione del doppio dominio. Capisco che non era necessario determinare con quella frase i limiti della *traditio*, e d'altra parte sta sempre la

---

(41) *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit.*

(42) La gran maggioranza sta per questa opinione. Cfr. Rheinhold (*Diss. de Publ.* 1. 16) Zimmern (*Ueber das Wesen des sogenannten bonit. Eigent*-Rhein. Mus. III 340) Obrock (*De Publ.* p. 19) Puntschart (*Entwickelung* p. 354) Brinz (*Festgabe* etc. pag. 88) Kritz (l. c. p. 76) e così Eckenberg e Glueck e Gimmerthal, Schirmer, Pellat, Cuq, Mommsen, Appleton etc.

stonatura col fr. 7, ma i compilatori non guardavano tanto pel sottile, e quì li giustifica la preoccupazione dell'innovamento giustinianeo.

Il Lenel, riconoscendo la impossibilità di riconnettere il *non a domino* o al *traditur* o al *petet*, poichè i testi quella frase uniscono sempre all'*emere*, trae da ciò un indizio di più per la sua ricostruzione dell' editto del fr. I, secondo la quale egli tende a ritenere come originario l'*a domino*, e restringe quindi al *non* l'interpolazione. Ma questa ipotesi del Lenel, che si riconnette a tutto il suo sistema, come trova in esso la sua vera ragione, cade con quello. Vi stanno contro i testi. Ulpiano (L. 3 § 1), comentando l'*ex iusta causa*, scrive: *et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana sed et aliis* etc.; ora le parole *bonae fidei* presuppongono che, nel pensiero del giureconsulto, l'editto, ch'egli comentava, potesse applicarsi al caso d'acquisto *a non domino;* e come ciò sarebbe ammissibile se nell'editto fosse testuale: *a domino*? Il Lenel non si perita di asserire che il *bonae fidei* della L. 3. sia interpolato, ma non c'è una ragione al mondo perchè i compilatori dovessero farlo; in quella legge non si enumerano le *iustae causae* nè si stabiliscono le condizioni di ciascuna (43).

---

(43) Cfr. cit. Rev. génér. p. 219.

La conclusione di questa disamina è che tutto sta contro l'ipotesi che la frase *non a domino* sia genuina; perciò va messa fuori (44).

## IV.

1.) Huschke, come ho notato, già tredici anni innanzi che pubblicasse la sua monografia sulla Publiciana, aveva in una nota al passo di Gaio nella sua « *Iurisprudentia anteiustiniana* » negata la legittimità dell' *et*, che si trova tra *non a domino* e *nondum usucaptum*.

La sua congettura non è da trascurare, se bene il suo ragionamento sia in gran parte inaccettabile. Egli in fondo parte dal presupposto che in luogo di *traditur* debba leggersi *traditum*, e quindi ne deriva che l' *et* stia per *est*, essendo contrario allo stile delle leggi e dell'editto il tralasciare l'ausiliare nell' indicativo di un perfetto passivo.

Ora è certo più corretto leggere: *si quis id quod traditum .... non a domino est ..... nondum usu-*

---

(44) Il Pfr. Cogliolo (*Storia del diritto romano* - Padelletti - Cogliolo 526 m.) nella sua proposta di ricostruzione legge *vel a domino* in luogo di *non a domino*. Questo *vel*, introdotto arbitrariamente da quasi tutti coloro, che ammettono un editto ove fossero distinte le due applicazioni della Publ. alla *possessio bonae fidei* e all' *in bonis*, si fa giuocare in diversa guisa, a volontà di ciascuno, ma non ha evidentemente alcun serio argomento a suo favore.

*captum petet*, che non: *si quis id quod traditur... non a domino et nondum usucaptum petet;* ma da ciò deriva forse che la prima lezione sia la vera? Perchè i compilatori si sarebbero divertiti a mutare *traditum* in *traditur* ed *est* in *et?* E dico i compilatori, non essendovi alcun indizio di corruzione da parte dei copisti. Non è questo un sistema rigoroso di critica; bisogna che la nostra ricostruzione, oltre che essere in sè stessa più naturale, fornisca i mezzi per spiegare in una maniera ragionevole gli occorsi mutamenti: se non si esige questo, il gioco della fantasia non ha più alcun limite.

2.) Ma le ricerche da noi fatte fino a questo punto ci mettono in grado di sostenere più logicamente, in altra guisa, la possibile interpolazione dell'*et*. Una volta che si ritiene l'*id quod traditur* originario e il *non a domino* interpolato, è chiaro come la correttezza della sintassi e la chiarezza esigano che il *nondum usucaptum*, apposizione di tutto il concetto *id* etc., non sia preceduto dall'*et*: a ciò induce anche la considerazione che il *traditur* indica un tempo indeterminato, mentre il *nondum usucaptum* ha valore di un futuro terzo, di cui fa le veci; una simile *consecutio temporum*, come dicono i grammatici, si spiega meglio senza l'*et*.

Dunque niente *et* in origine, se ci si mena buono il resto del nostro ragionamento; ma la cosa muta

quando i compilatori inserirono il *non a domino*. Introdotta quest' altra determinazione della *traditio*, e in una posizione tale da potersi facilmente riferire anche al *petet*, si capisce che si sia cercato in qualche modo di distinguere la condizione della *traditio*, colle sue modalità, dall'altra *condicio non impletae usucapionis*, e a questo scopo fu introdotta la *et*. Nè si opponga che una copulativa servirebbe a distinguere. L'obbiezione non vale: infatti due concetti uniti da un *et* sono congiunti nel loro riferimento, ma come due cose diverse e non una sola, perchè la funzione dell' *et* è appunto quella di distinguere ciò che congiunge (45).

Si è obbiettato, per sostenere l' *et*, che ULPIANO alla L. 1 § 2 scrive: *traditionis* ET *usucapionis* (praetor) *fecit mentionem*, ma giustamente lo HUSCHKE risponde che ciò non prova nulla.

Poteva infatti ULPIANO scrivere i due sostantivi senza l' *et*? (46.) Ma da questo non si deduce che l' *et* collegasse anche nell' editto le due forme verbali corrispondenti. Lo stesso ripetasi pel testo dei Basilici, dove si trovano le voci attive.

---

(45) Non regge l'asserzione dello HUSCHKE, come ho notato, che cioè l' *et* importi il riferimento di *non a domino* a *petet*. Piuttosto ciò sarebbe possibile quando non vi fosse, mettendo una virgola innanzi al *non*, come taluni fanno.

(46) l. c. p. 6.

Però, se questi passi non provano a favore dell'*et*, non prova neanche contra quello citato dallo Huschke, di Gaio: *qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*. Piuttosto può citarsi il § 1 dello stesso fr. I. h. t.: *Merito praetor ait: non usucaptum* (47). Non nego però che la cosa possa avere qualche dubbio; comunque, non ha una grande importanza.

## V.

Il Guyet coraggiosamente (è proprio il caso di questa parola) ritiene spuria anche la frase *nondum usucaptum*, sebbene subito dopo comentata, poichè in parecchi luoghi delle fonti (48) si dà la Publiciana anche quando non è possibile l'usucapione. Ma è appena necessario osservare che questa è una estensione della giurisprudenza per analogia di motivi. La osservazione del Guyet però serve a conferma-

---

(47) Un significato dell'*et* da alcuni proposto, di equivalente cioè ad *etiam*, sarebbe concepibile colle nostre premesse dal punto di vista grammaticale. Ma è logico? Ne conseguirebbe che il caso ordinario, cui l'editto avrebbe di mira, sarebbe quello di una compiuta *usucapio*.

(48) Gaio (II 46), L. 12 § 2 D. h. t., L. 9 D. 41. 3, L. un. C. 7. 31. Il Cuq (l. c. p. 62) erroneamente crede di trovare nel secondo dei testi notati una ragione anzi per l'esistenza del *nondum usucaptum*; ciò dipende da che egli legge *quamvis usucapi non possunt* in luogo di *quae* etc.

re il concetto che, nello sviluppo posteriore della nostra teorica, non è giusto ridurre sempre il fondamento dell'azione alla finzione di usucapione. Nè è esatto dire che l'inusucapibile è perpetuamente *nondum usucaptum*; un simile linguaggio non sarebbe serio in un testo di legge; può però spiegare il ripiego della estensione giurisprudenziale.

## VI.

1.) Finora abbiamo esaminato quelle frasi del testo dell'editto, della cui originarietà si è dubitato; ma, oltre all'accusa di aver aggiunto nuove parole, si è fatta ai compilatori anche quella di averne tolte altre. Però le poche ipotesi avanzate su questo terreno sono tutte destituite di ogni fondamento, meno una. Al fr. 7 § 11 l' « *ait praetor: qui bona fide emit* » ci fa indiscutibile testimonianza che *qui bona fide emit* sono parole del pretore. Però non più in là; sì che è possibile la quistione se figurassero nell'editto o nella formula, e in ogni caso resta a determinarsi il modo. Ma, poichè questa disamina forma il centro di tutte le ricostruzioni, così stimo più opportuno il discorrerne nello studio che faremo di quelle; quì basti notare che la frase deve essere del pretore.

2.) Il Ranchin l. c. e il Kritz (49) vorrebbero inse-

(49) *De rei vind. et Publ. act.* - Leipzig 1831 - p. 90.

rire nell'editto la frase *si ea res possessoris non sit*, che al fr. 17 h. t. è indicata da NERAZIO come l'eccezione eccepibile dal *dominus* convenuto. Ma ciò va contro l'uso di inserire le eccezioni non già nell'editto, bensì nella formula: del resto la Publ. è concessa testualmente contro il proprietario e l'*exceptio iusti dominii* è ammessa soltanto *causa cognita* (50). Perciò altri, come HEINECCIO e NOODT, hanno aggiunto anche *causa cognita*, ma tutto questo eccede i limiti di una critica seria. Lo stesso ripetasi per le frasi *nisi arbitrio iudicis restituatur* o *adversus eum qui possidere dicetur* e simili, ispirate dal linguaggio formulare. Noi non possiamo andare più in là di quanto sia lecito inferire dai comentari conservati.

## VII.

Ho notato, nelle osservazioni generali intorno all'editto, che la critica di questo involge anche quella della formula, estendendosi da taluni il comento di ULPIANO anche ad essa. Ora della formula, in modo esplicito, non abbiamo che il ricordo conservatoci da GAIO (IV, 36), onde si è messo in correlazione questo

---

(50) Intorno all'importanza di questa *causae cognitio* e alla probabilità che di questa difesa del *dominus* si facesse menzione nell'editto cfr. HUSCHKE o. c. cap. VIII. Noi ne riparleremo quando si farà l'esame dei frammenti ad essa relativi.

passaggio col comento citato. Dipendentemente dai diversi sistemi seguiti per la ricostruzione, la formola di Gaio si è considerata o no come l'unica, come esatta, o come una formola abbreviativa, ed in diverso modo ciascuna opinione. Comunque la cosa debba essere intesa, quì è a notare solo un dubbio, che può giustamente nascere circa la integrità del passo di Gaio. Nella citazione, che io ne ho fatta altrove, ho scritto: *Si quem hominem A. A. emit* ET *is ei traditus est, anno possedisset, tum* etc. Ora l'*et* non si trova nei mss. ed è evidente che senza di essa l'*anno possedisset* resta campato in aria; d'altra parte è naturale l'ipotesi che i copisti l'abbiano trascurata dopo l'*it* di *emit*, e per questo io credo si possa accettare la redazione su ricordata, che è quella dello Huschke e di Studemund-Krueger (51). Non deve poi maravigliarci il passaggio dalla costruzione relativa indiretta alla diretta, non difficile a rinvenirsi non solo tra i prosatori in genere, ma anche nel linguaggio delle leggi (52).

Esaurita la rassegna delle più o meno verosimili tracce di alterazioni, è ora che passiamo a considerare nel suo insieme la ricostruzione dell'editto, tenendo

---

(51) Voigt, Böcking e Goeschen leggono, invece di *is*, *ts* che spiegano per *et qui*. Cfr. Lenel-*Beiträge* p. 45 n. 52, ove si rigetta, e credo a buon dritto, questa opinione.

(52) Cfr. Lenel-*Beiträge* p. 46.

anche quì conto delle diverse proposte avanzate dagli scrittori.

## § III.

### *Tentativi di restituzione.*

### I.

1.) Se volessi passare in rivista tutte le proposte fatte e criticarle una per una, l'opera sarebbe altrettanto lunga che inutile: ad evitare quindi discussioni oziose e ripetizioni confuse, le ordinerò in gruppi, guardando in ciasuno quelle che, o per essere più recenti o più serie, meritano speciale considerazione. Il lavoro di critica sarà molto facilitato dallo esame già fatto innanzi, e dalle conchiusioni cui esso ci ha condotto su vari punti controversi.

Premetto un avvertimento. Le ragioni per accettare o rifiutare l'una o l'altra redazione dell'editto possono essere di due generi. Le une derivanti dallo esame comparativo dei resti conservati nelle fonti e dei comenti ad essi riferiti in quelle stesse; le altre dall'influenza di teorie più o meno connesse all'obbietto delle nostre ricerche. Or appena può dubitarsi che si debba alle prime dare assoluta preferenza sulle seconde, per il loro più intrinseco valor probatorio. D'altra parte è l'editto, che in generale deve illumi-

narci sulle varie quistioni cui possono dar luogo speciali casi contemplati nei testi, e viceversa non è molto corretto abusare dell' induzione da questi a quello.

Tuttavia tale criterio è sfuggito alla maggioranza di coloro, che si sono occupati del nostro tema.

Ma torniamo all'argomento. Come ho notato, anche nell'assenza di tutti gli altri legittimi sospetti sulla identità dell'editto di Salvio Giuliano con quello dei Digesti, basterebbe il § 11 del fr. 7 h. t. per obbligarci a porre e risolvere la questione. *Praetor ait: qui bona fide emit*; senza dubbio dunque *qui bona fide emit* sono parole del pretore, ma, poichè esse non figurano nell' editto del fr. I, come conciliare queste testimonianze? L' importanza di tale fatto, che forma secondo me il centro di ogni discussione sul nostro problema, mi induce a ordinare intorno ad esso tutta la materia. Ora tre ipotesi sono possibili circa la destinazione della frase del fr. 7; o la si riferisce cioè all'editto, o alla formula, o la si spiega senza riferirla nè all'uno nè all'altra. Ebbene ciascuna e variamente ha trovato i suoi sostenitori.

## II.

A. - 1.) Cominciando da quelli, che vogliono le parole *qui bona fide emit* figurassero nell'editto, un modo consiste nel sostenere appartenessero ad un secondo

editto, indipendente da quello del fr. I e speciale pel possessore di buona fede. Il più recente e valido rappresentante di questa opinione è il Lenel, il quale nei suoi *Beiträge* ne ha fatto una minuta ed ingegnosa difesa. Un esame accurato del suo ragionamento, che è il più completo del genere, varrà in gran parte anche per gli altri.

2.) Espongo prima brevemente le sue ultime conclusioni. Dopo aver rifiutato che le parole della L. 7 § 11 possano appartenere all' editto del fr. I. o alla formola, conviene sulla necessità di un duplice editto. Il 1° riguarderebbe il caso del dominio bonitario e sarebbe quello che, interpolato, figura al fr. I; esso si riferiva all' acquisto per ogni giusta causa dal domino senza la formalità della mancipazione, in questi termini: *Si quis id quod mancipatur, traditum ex iusta causa (a domino?) et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Il 2° avrebbe contemplato la ipotesi dell'acquisto di b. f. da un *non dominus*, in origine solo per causa di vendita, ed appresso esteso dalla giurisprudenza anche agli altri titoli. Ecco il suo testo: *Ei qui bona fide (non a domino?) emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.* Il comento di Ulpiano al 1° si estende fino al fr. 7 § 9; quello al 2° dal fr. 7 § 9 a tutto il fr. 11, salvo degli scambi fatti dai compilatori tra il materiale delle due serie. Il 1° editto sarebbe il

canavaccio, diciamo così, di quello riportato nel Digesto, mutato il *mancipatur* in *traditur*, cancellato per conseguenza il *traditum*, e posto un *non* innanzi ad *a domino* per la scomparsa dell' *in bonis habere*. Ciò ho già spiegato altrove (cf. sopra n. 25). Del secondo invece non sono riportate nel Digesto che le parole *qui bona fide emit*, ma è naturale che Ulpiano, nel comento ad esso relativo, avrà secondo il solito intercalate le diverse frasi tutte quante.

3.) A colpo d'occhio si vede che il sistema è troppo ingegnoso per essere verosimile; più ingegnosi ancora sono gli sforzi che l'autore fa per giustificarlo, ma tra le obbiezioni per combatterlo ci è solo l'imbarazzo della scelta.

In tutte le fonti non ci è un luogo, che ci autorizzi a ritenere l'esistenza di due editti, e specialmente due editti come quelli del Lenel, che, concedendo l'azione con diversa estensione, stabilisce come una doppia specie di Publiciana. La questione della doppia applicazione all' *in bonis* e alla *possessio bonae fidei* è un problema sollevato dalla critica moderna innanzi all' esplicite parole *qui bona fide emit*, le quali non possono riferirsi (53) al dominio bonitario; ma

(53) Il Brinz (Cfr. Lenel - *Beiträge*) sostiene che la *possessio bonae fidei* rientri nella denominazione di *in bonis*, opinione che in modo più completo ha svolto recentemente l'Appleton, ma di ciò avremo ad occuparci più avanti nel Cap. II.

da ciò segue forse che i due casi fossero separatamente contemplati?

È omai, come nota l'APPLETON, un risultato acquisito definitivamente alla scienza che la Publiciana si estendesse anche all'*in bonis*, ma, ipotesi per ipotesi, non è preferibile quella che, stando per un editto solo e generico, mentre meglio risponde alle testimonianze delle fonti, si presenta come la più semplice e conforme allo spirito della romana procedura? (54).

Anche che la divisione ci fosse stata in origine, GIULIANO avrebbe mantenuta la separazione tra la *possessio bonae fidei* e l'*in bonis*, mentre poteva coordinare i due casi in uno?

*A priori* il concetto della duplicità dell' editto ripugna ad essere accettato. Ma vediamo se è più sostenibile in ciascuna sua parte il sistema del LENEL. Già innanzi, parlando dell'*id quod traditur* e del *non a domino*, abbiamo mostrato che il rimaneggiamento, che egli vuol vedere nell'editto del fr. I, non ha alcuna base seria. È certo verosimile la sua spiegazione, dato che l' editto del fr. 1. si riferisse al solo istituto dell' *in bonis*, ma è appunto questo presupposto che si tratta di dimostrare. Non basta a quest' uopo far

(54) È la legge del minimo mezzo che JHERING ha così bene dimostrata nel sistema procedurale romano.

vedere che le parole *qui bona fide emit* non si possono incastrare nell'editto; non potrebbero esse appartenere alla formula? Ma, risponde il Lenel, neanche la formula di Gaio è possibile che le abbia contenute. Or non ammette lo stesso Lenel che quella di Gaio non è niente più di una forma abbreviativa di due formule distiute, riportata al solo scopo di dare una idea dell'azione? Ciò posto, non si distrugge la base di ogni suo ragionamento?

Ma, anche data la duplicita come egli la intende, non è veramente strano che i compilatori, dovendo restringere la Publ. al solo caso della *possessio bonae fidei*, invece di riportare l'editto particolare di essa, abbiano preferito di interpolare quello dell'*in bonis habere*, senza tralasciare poi (si noti) l'altro, il cui contenuto è citato frammentariamente appresso? L'obbiezione è così naturale e schiacciante che il Lenel se l'è fatta da sè, e si è preoccupato di abbatterla. Per confutarla è ricorso alla ipotesi ancora più strana, che cioè l'editto della *possessio bonae fidei* si limitasse alla sola causa di vendita, mentre l'altro comprendeva ogni giusto titolo. Ora, poichè la giurisprudenza avea operato una eguale estensione anche pel caso del possessore di b. f., così l'editto di quest' ultimo si prestava meno dell' altro pei bisogni del diritto all'epoca giustinianea.

Ma, a parte la stranezza di questa ipotetica re-

strizione, di cui discorrerò parlando del 2° editto, ciò non risolve punto la questione. Resta sempre che i compilatori potevano benissimo interpolare il 2° editto, adattandolo allo stato della giurisprudenza, una volta che uno pur bisognava interpolarne.

E, pur concesso che per divertimento avessero scelto il 1°, che bisogno c'era poi di tornare sull'altro? Non basta: è poi vero che il comento fino al fr. 7 § 9 si riferisce al caso del 1° editto, e non a quello del 2°?

I §§ 2, 3, 4, 7 del fr. 7, come nota l'APPLETON, non riguardano forse il possessore di b. f.? (55). Dunque i compilatori hanno imbrogliato anche i comenti; non dico che ciò sia inammissibile quando delle serie ragioni ci inducono a ritenerlo, ma è per lo meno ardito asserirlo a giustificazione di una propria ipotesi. Per tutte queste ragioni non credo di poter accettare il 1° editto del LENEL.

---

(55) Cfr. l'articolo nella Revue générale l. c. p. 227. Nei §§ 2 e 4 si parla di acquisto di b. f. da un furioso o da un minore; nel § 3 la frase *iustus possessor* e la concessione della Publ. contro il donante fanno pensare alla *possessio bonae fidei*; nel § 7 relativo al giuramento bisogna anche riferirsi allo stesso concetto, poichè non si diventa per quello proprietario bonitario, essendo l'azione concessa solo contro il deducente. Il LENEL riconosce in realtà un disordine nella L. 7, osservando che i §§ 2, 4, 6 e 8 sono in così stretta relazione da doversi supporre fossero originariamente uniti, e altri segni di trasposizione vi trova. Ma il suo torto sta nel credere che tutto ciò suffraghi, o almeno non invalidi, la sua ipotesi.

Vediamo un po' se è più verosimile il secondo. Abbiamo già notato non potersi senz'altro escludere che le parole *qui bona fide emit* appartenessero alla formula, non avendo noi notizie esatte di questa, all'infuori del discutibilissimo passaggio di Gaio. E le altre frasi, che seguono nella ricostruzione del Lenel, qual ragione hanno? Egli trova nel § 10 della l. 7 il comento all'*ei* (56), e nel § 16 la traccia del comento al *rem traditam sibi* (57), che si estendeva fino al fr. 9 § 5. Da questo sino a tutta la l. 11 si consideravano i diversi problemi relativi al *nondum usucaptum* (58). Ora è bensì vero che il seguito dei paragrafi citati accenni a un simigliante ordine di concetti, ma ciò che nego al Lenel coll'Appleton si è che quest'or-

---

(56) *Si* EGO *non emero sed servus meus* etc.
(l. 7 § 10 D. h. t.)

(57) *Ut* IGITUR *Publiciana competat, haec debent concurrere ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita.*

L' *igitur* accennerebbe ad una ricapitolazione delle parole già citate dell'Editto riguardo all'*emptio* e alla *traditio; empta* ed *eo nomine* sarebbero interpolate, ma perchè?

(58) Secondo il concetto esposto dall'Appleton nella Rev. Gén., a cui rimando per tutta la critica del Lenel, non è più verosimile supporre che le controversie relative alla possibilità di usuc. si trattassero dal giurista nel comento alla formula, la quale si riferisce alla pratica dell'applicazione nel caso concreto, mentre nell'editto non si badava che alla finzione del tempo, presupposta l'esistenza delle altre condizioni?

Così si spiega come il comento al *nondum usucaptum* del fr. I. si restringa a notare che *si usucaptum est habet civilem actionem*, badando cioè solo al maggiore o minor tempo trascorso.

dine di concetti non possa riferirsi, più che all'editto, alla formula. Come nota il giurista francese, non sapremmo renderci conto perchè i compilatori avrebbero dovuto sopprimere quelle frasi dell'editto, mentre è più naturale che sopprimessero quanto si riferiva alla formula, dopo l'abolizione del sistema formulare (59).

Resta poi sempre, contro quest'editto, la restrizione alla causa di vendita. È certo, come il Lenel riconosce (l. c. p. 50), che al tempo di Gaio la giurisprudenza aveva esteso la Publiciana ad ogni acquisto *a non domino ex iusta causa*, come risulta dalle generiche espressioni di quel giureconsulto: ora Gaio fu di poco posteriore a Giuliano, e non è possibile credere che, nel piccolo spazio di tempo intermedio, avvenisse un simile cangiamento. Inoltre Giuliano stesso dà la Publiciana *ex causa donationis* (60) *a non domino;* sì che l'opinione del Lenel è insostenibile. Tutte le sue ragioni in favore si riducono al mag-

---

(59) Si potrebbe obiettare che stona sempre la presenza di *qui bona fide emit*, le quali parole noi riferiamo alla formula; quindi una incongruenza è sempre da ritenere. La verità è che nulla vieta di ammettere che i compilatori abbiano qui agito un po' a caso; tutto sta a vedere se ciò è più probabile avvenisse per l'editto o per la formula. Potrebbe in qualche modo giustificarsi l'aver essi lasciato *qui bona fide emit* colla considerazione che il caso dell'*emtio* era il più importante ed usuale, e quello forse per cui la nostra azione fu introdotta.

(60) L. 11, § 3 e § 4 combinati.

gior bisogno e diritto di protezione giuridica del domino bonitario di fronte al possessore di b. f., ma siamo quì in un campo pieno di dubbi e si può, con pari verosimiglianza per lo meno, sostenere il contrario.

4.) Il Lenel, una volta posti i due editti, è stato condotto a sostenere due formule ad essi relative, ed ecco come le propone:

I. *Si quem hominem A. A. a domino emit* etc.
(come in Gaio)

II. *Si quem hominem A. A. bona fide emit* etc.
(come in Gaio)

Ma come ciò si concilia colla testimonianza di Gaio? La formula, che egli ci presenta, è concepita in termini così generici che può ben riferirsi ai due casi del possessore di b. f. e del domino bonitario; il volerla restringere all'uno o all'altro, come in diversa maniera si è provato, è uno sforzare il chiaro senso delle parole; il prestarsi di essa a tutte le opinioni fa prova della sua generalità. Ma essere essa generica ci autorizza a conchiudere che fosse l'unica praticamente in uso? Evidentemente no, se altri indizi stanno contro questa ipotesi; poichè quella di Gaio potrebbe essere una formula, diciamo così, teorica, dove egli fuse ciò che vi era di comune alle altre, per dare ai suoi discepoli un'idea dell'estensio-

ne della Publiciana, recata come esempio di azione fittizia. (61).

E quest'appunto sostiene il LENEL, giustificando, come si è notato altrove, la estensione ad ogni giusta causa, anche pel caso del 2° editto, coll'opera, già avanzata al tempo di GAIO, della giurisprudenza.

Senza dubbio, data la teoria del LENEL per gli editti, quanto egli sostiene per le formule è completamente logico e giustificato; ma, come ben egli stesso nota, ci è nelle fonti un indizio abbastanza interessante per argomentare l'esistenza di una formula speciale nel caso di *bonae fidei possessio*, e cioè i §§ 14 e 15 della L. 7, ove si dice espressamete che la Publiciana *bonam fidem continet*. Ora, poichè questi paragrafi sono in relazione col comento delle parole *qui bona fide emit*, io credo che ciò potrebbe assumersi come un nuovo argomento per riferir queste addirittura alla formula, ad una formula si intende per la *bonae fidei emtio* (62), sulla quale ipotesi tornerò innanzi.

---

(61) Una ragione può trovarsi anche nel *veluti*, che, secondo STUDEMUND-KRUEGER dovrebbe leggersi nel passo di GAIO: *intendit* VELUTI *hoc modo*. A proposito dell'interpetrazione dei manoscritti in questo luogo (i̅ * u) cfr. LENEL-*Beiträge* 45 n. 52. Contro l'obbiezione che la formula del 1. editto generico (*id quod mancipatur*) sarebbe redatta pel solo caso speciale della compra, egli ricorda simili esempi nel caso dell'ed. *de dolo malo* e dell'*actio metus causa*.

(62) L'APPLETON, come vedremo, mentre apprezza l'osservazione, spiega però il fatto coll'opinione dello SCHIRMER, per

L'Appleton combatte questa dualità della formula, poichè quella del possessore di buona fede poteva essere invocata anche dal domino bonitario, senza che ci scapitasse in nessun modo la tutela dei suoi interessi, anzi talora traendone vantaggio.

Però questo ragionamento, anche ammessa la giustezza del presupposto da cui parte (63), potrà essere un indizio di più contro il sistema della dualità in generale, ma non infirma la logica corrispondenza tra la teoria dell' editto e della formula del Lenel. Tutta la critica che l' Appleton fa al Lenel, sebbene nella maggior parte vera, ha il difetto di argomentare troppo dalla formula all' Editto, mentre mi pare più corretto il sistema inverso, seguito dal Lenel, per lo stato delle fonti e le ragioni ordinarie della critica.

---

cui *quì bona fide emit* avrebbe fatto parte d'una specie di transizione dall'editto alla formola.

(63) Contro l' osservazione del Lenel, che cioè il propr. bonit., invocando la formula del possessore di b. f., si espone all'eccezione *iusti dominii*, risponde che ciò è un vantaggio, perchè trasporta il carico della prova dall'attore al convenuto; e, anche quando costui sarà nel caso di compierla, l'attore avrà sempre a sua disposizione la *replicatio rei venditae et traditae*. Così, nel caso si trovi di fronte ad un altro possessore di b. f., osserva che può sempre cavarsela replicando per l' acquisto *a domino*.

E questa stessa replica può assicurargli tutti i vantaggi del dominio bonitario.

Ma tutto ciò non prova altro che il domino bonitario potrebbe esser tutelato anche dalla formula del possessore di b. f., il che non importa che realmente così fosse o dovesse essere.

La teoria del LENEL, per quanto riguarda l'interpretazione delle parole *qui bona fide emit* e la diversità di trattamento tra il domino bonitario e il possessore di b. f., si trova esposta, come nota egli stesso (64), in un articolo critico dell'opera di HUSCHKE nel Literarisch Centralblatt (1876 S. 398) da un anonimo scrittore.

B. — Ma la gran maggioranza di coloro, che riferiscono *qui bona fide emit* all' Editto, rigettano la dualità di esso e della formula, cercando di incastrare quelle parole in diverso modo nel testo riportato al fr. 1. Una obbiezione generale ed insuperabile abbatte tutti i tentativi di questo genere. Se le parole *qui bona fide emit* si fossero trovate nell' editto, perchè i compilatori ne le avrebbero tolte per ripresentarle poi poco appresso? La ipotesi è tanto inverosimile, da infirmare senz' altro ogni teoria che la presupponga. In linea secondaria va notato poi che è ben difficile incastrare le parole della l. 7 nel testo del fr. 1, a meno di alterarlo a quest' unico scopo in maniera più o meno sensibile ed arbitraria. Esaminiamo i principali tentativi in questo senso.

Già ho avuto occasione di accennare altrove alla libera ricostruzione EINECCIANA, che è la seguente:

*Si qui bona fide emit, vel id quod traditum*

---

(64) *Beiträge*, al principio.

*ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, nisi ea arbitrio iudicis restituetur, adversus eum, qui possidere dicetur, causa cognita iudicium dabo.*

La scontorta sintassi e la abbondante introduzione di frasi certamente estranee ci dispensano dal fermarci d'avvantaggio su di essa (65). Noto però che *qui bona fide emit* vi si trova intatto, ciò che non è invece nella gran parte degli altri tentativi di simil genere (66).

Il Noodt così scrive:

*Si quis id quod traditur emit non a domino bona fide et nondum usucaptum petet, nisi arbitrio iudicis ei restituatur, adversus eum qui possidere dicetur, causa cognita, iudicium dabo;*

Una vera fantasia e non molto felice.

Il Pellat propone:

*Si quis id quod bona fide emit traditum ex iusta causa* etc.

Il Mommsen:

*Si quis id quod bona fide emit traditum ex iusta causa* etc.

---

(65) Un altro esempio di questo modo un po' antico è quello del Ranchin (Cfr. Meermann *Th.* III, 245).

(66) L'Appleton, notando la difficoltà di mantenere intatte quelle parole, propone di leggere così: *Si is, qui bona fide emit, id quod ei eo nomine traditur, vel ex alia iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo;* ma siamo sempre lì, o si altera il *qui bona fide emit* o si maltratta troppo l'editto.

Giustamente l' Appleton nota, in questa ricostruzione del Mommsen, che l' *ex iusta causa* non ha ragione di essere, data l' espressa menzione della *bonae fidei emtio*. Ma il Prof. Cogliolo (67), che legge in un modo simile:

*Si quis id quod bona fide emit, traditum ex iusta causa vel a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo;* spiega la frase come dicesse: *colui che avrà comprato con buona fede ed avrà ricevuto tradizione* PER QUELLA GIUSTA CAUSA etc. Ora la presenza di questa frase fu l' addentellato, di cui si servì la giurisprudenza per estendere l'applicazione ad ogni giusto titolo. In vero non mi sembra quello proposto dal Cogliolo un linguaggio giuridicamente corretto; altrove accennai al *vel* (cfr. sopra n. 44).

Forse per evitare un simile sconcio il Puntschart sopprime addirittura *ex iusta causa* e legge:
*Si quis id quod bona fide emit quodque ei traditum est petet, iudicium dabo.*

Un sistema speciale è quello del Brinz e del Bechmann, per cui la frase *qui bona fide emit* si troverebbe nell' editto a modo di esemplificazione:

*Si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

---

(67) Cfr. Padelletti Cogliolo - *Storia del dr. romano* p. 526 (m).

Ma si è giustamente notato, contro questa ipotesi, che essa non corrisponde per nulla alla dignità del linguaggio legale romano, senza dire della strana sintassi: *si quis.... puta ei.*

È anche in questo luogo che va annoverata la ipotesi del Gimmerthal, per cui l'editto originario avrebbe suonato non molto disforme dal testo del fr. 1:

*Si quis id quod traditur ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

Le parole *qui bona fide emit,* secondo un tal sistema, avrebbero fatto parte di un secondo capitolo, opera di Salvio Giuliano, il quale avrebbe avuto lo scopo di modificare l' editto per rispetto al requisito della giusta causa e della buona fede. Or quale fosse la portata di tale modificazione il Gimmerthal non spiega bene, e, in ogni caso, non giustifica con serietà la sua proposta. In sostanza, secondo lui, mentre prima la buona fede sarebbe stata richiesta in entrambi i contraenti, Giuliano l'avrebbe ristretta al solo compratore, e perciò *qui bona fide emit.* In antico, essendo il numero delle giuste cause molto ristretto e ben delimitato, questo presupposto del passaggio di proprietà aveva un valore più decisamente obbiettivo; ma, progredito il commercio, venne sempre accrescendosi quel novero con sempre meno delineati confini, sin che non si finì col porre mente alla sola riconoscibilità della subiettiva *voluntas transferendi.* Questo doppio muta-

mento, che dal campo della proprietà si ripercosse in quello del quasi-dominio, base della nostra azione, sarebbe appunto rappresentato (68) dal 2° capitolo di GIULIANO.

## III.

1.) Il secondo modo di spiegarsi il § 11° del fr. 7 è, come dissi, quello di riferire le parole *qui bona fide emit* alla formula, piuttosto che all'editto. Già ho avuto occasione di far notare come tutto pare ci induca a credere che ULPIANO, compito a quel punto il comento dell'Editto, passasse a considerare la formula (69). D'altra parte, pur non potendo negare che sia quella una frase del pretore, l'esame or ora compiuto deve averci convinto che non poteva trovarsi nell'editto; vedremo che l'unico tentativo fatto, di riferirla ad una specie di passaggio dall'editto alla formula, ha anche esso poca probabilità; non resta quindi che attribuirla alla formula stessa. L'unica difficoltà seria contro questa ipotesi, il non trovarsi cioè la frase menzionata nel passo di GAIO nè potervisi introdurre intatta, cade coll'osservazione trovata giusta da tanti giuristi, aver

(68) Cfr. l. c. p. 68 sgg. Rimando al suo libro per convincersi che egli non formula una proposta concreta verosimile.

(69) Per degli argomenti a questo riguardo Cfr. HUSCHKE l. c. p. 15 sgg.

Gaio voluto dare solo un'idea generica dello scopo e del contenuto della Publiciana, ipotesi senza dubbio molto più probabile di tante altre escogitate nel nostro argomento. Ammesso così il principio, restano a vedere le applicazioni di esso.

2.) Il Rudorff comincia dal sostenere la dualità dell'editto. Per lui nel fr. 1 sarebbe riferito solo quello del possessore di buona fede, e l'altro pel domino bonitario lo propone in questi termini:

*Si quis rem mancipi quae traditur ex iusta causa a domino et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.*

In quanto alle formule poi, quella di Gaio si riferisce al caso del dominio bonitario, e pel possesso di buona fede suppone l'altra:

*Si quem hominem A. A. bona fide emit et is ei traditus est, anno* etc. come in Gaio.

Ora le ragioni già dette contro il doppio editto hanno un maggior valore pel sistema del Rudorff, il quale, riferendo le parole del fr. 7 alla formula, perde così l'unico fondamento testuale per la dualità. Ma pone egli realmente *qui bona fide emit* nella formula? Dov'è il *qui*? Certo ciò non vuol dire risolvere delle difficoltà.

3.) Lo Huschke invece dei due editti ne ammette uno con doppia clausola così concepito:

*Si quis id quod traditum ex iusta causa non a domino, sive, cum mancipi esset, nec mancipatum*

*nec in iure cessum a domino est, nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

La formula di Gaio, anche secondo lui, si riferisce più specialmente al domino bonitario, onde propone pel possessore di buona fede:

*Si quam rem A. A. bona fide emit eaque ei eo nomine sit tradita* etc.

La disamina minuta che abbiamo sin qui fatta del nostro problema ci dispensa dal ripetere tutte le obbiezioni che, in conseguenza dei risultati cui siamo giunti, saremmo autorizzati ad opporre a questa proposta. Noto solo che, senza sfuggire a nessuno degli inconvenienti del Rudorff, il sistema dello Huschke ha il torto di maggiore arditezza nella forma (70).

4.) Il sistema del Cuq (71) invece non è capace della grave censura comune al Rudorff e allo Huschke, quella cioè di alterare arbitrariamente l' editto, senza trovar modo di inserire integre nella formula le parole del fr. 7, che sono poi la ragion precipua di ogni mutamento. Egli legge l'editto come è riportato al fr. 1. tolto il *non a domino*: in quanto poi alle parole *qui*

(70) Lo Huschke stesso riconosce che la formula di Gaio potrebbe applicarsi anche nel caso del possessore di b. f., fatta l' ipotesi che l' *homo* di cui in essa si parla fosse acquistato *a non domino;* perciò quel mettercene accanto un'altra resta sempre un po' arbitrario, con tutti i possibili ragionamenti di probabilità. Per la giustificazione poi dell'editto cfr. o. c. l. capitolo.

(71) Cfr. Nouvelle Revue 1877 p. 628 sgg.

*bona fide emit*, ritiene che appartengano alla formula, ma non spiega come, rinunciando ad incastrarle mutate in quella di GAIO.

5.) Or per quello che riguarda l'Editto, se si tien conto delle conclusioni cui siamo pervenuti innanzi, analizzando le tracce di alterazioni e le varie opinioni proposte, si vede come, per logica conseguenza delle nostre premesse, noi dobbiamo accettare quanto dice il CUQ, con una leggiera variante, di piccola importanza del resto, e cioè la soppressione dell'*et*. L'editto perciò io credo vada letto così: (72)

*Si quis id, quod traditur ex iusta causa, nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

Esso, come è chiaro, si applica tanto al domino bonitario che al possessore di buona fede, tanto per la causa *emptionis* che per ogni altra; ed in vero, qualunque opinione voglia sostenersi rispetto alle origini, tutto conduce a credere (le parole di GAIO lo provano) che al tempo di GIULIANO lo sviluppo avesse già raggiunto questi termini. Ma, e innanzi a lui? La domanda è di quelle cui non si può e non si deve facilmente rispondere: i documenti ci fanno difetto. Solo in linea di probabilità, come sarà chiarito dal-

(72) Si confronti ciò che abbiamo detto per sostenere *id quod traditur* e le altre frasi riprodotte nella nostra lezione, e per espellere *non a domino* e l' *et*, come pure le ragioni contro la dualità dell' editto.

l' esame dei seguenti problemi, io credo di poter ritenere che l' editto di Publicio si riferisse alla sola *causa emptionis* nella ipotesi della *possessio bonae fidei*: in seguito, modellandosi sempre più l' *in bonis* sulla *posscssio bonae fidei,* fu estesa anche a quell' istituto una simile garentia giuridica, e il maggiore sviluppo del commercio indusse ad abbracciare ogni *iusta causa*; fu questo il risultato dell' opera complessiva del pretore e della giurisprudenza. Le parole poi *qui bona fide emit*, per le ragioni esposte, vanno riferite alla formula: che esse non possano incastrarsi nel testo di Gaio non vuol dir niente, come abbiamo più volte ripetuto, ma togliere il *qui* per superar l' ostacolo non è giusto.

D'altra parte, se è più naturale che l'editto, il quale stabiliva il principio giuridico, fosse uno solo e generico; pare invece che la formula, la quale dovea applicare l'unico principio ai vari casi pratici, diversificasse secondo la diversità di questi.

Specialmente se si conviene con noi che la Publ. si applicasse prima alla *possessio bonae fidei* e poi fosse estesa all' *in bonis habere*, ne segue che pei due casi vi fossero due formule, e, se si concede fosse introdotta per la causa di vendita, è anche logico ritenere che la formula si riferisse a tale ipotesi. Ma, anche ammettendo fin da principio un editto generico, la nostra opinione non diminuisce di verosimiglianza e

può sempre conciliarsi colla redazione di Giuliano da noi proposta (73). Ulpiano avrebbe comentato tutte e due le formule, ma è chiaro che i compilatori, scomparso l'*in bonis*, riportassero solo il comento della prima. Ma quale sarebbe stata dunque la dizione di questa? Anche qui non ci è possibile rispondere con sicurezza, essendoci conservate le sole parole *qui bona fide emit*: l'analogia coll'editto, il testo di Gaio ed il contenuto dei comenti di Ulpiano ci mostrano che doveasi in essa accennare in seguito alla *traditio* ed alla *non impleta usucapio,* ma, ripeto, non è possibile ricostruirla con esattezza, se l'esattezza è qualche cosa di distinto dall'opinione (74).

Il Cuq il quale, piuttosto che aumentare il numero delle proposte inutili, si astiene dal farne alcuna, mi pare da seguirsi (75).

---

(73) Anche dopo, quando la Publ. fu applicata in casi di impossibile usuc., è naturale che la formula dovesse essere diversa, come del resto s'ammette generalmente: nulla si oppone dunque alla coesistenza di un solo editto e più formule.

(74) Si potrebbe pensare che suonasse p. e. così: *Si A.us A.us, qui bona fide emit, hominem sibi traditum anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret* et rel. Ma nulla ce l'assicura.

(75) Ho già altrove accennato che il Cuq congettura di una seconda parte dell'editto, ove si concedeva, sotto forma di eccezione, una garentia per quello stato, che alcuni han considerato come il presupposto della Publ. rescissoria; quando ci oc-

## IV.

Pe finire l'esposizione delle ipotesi circa il collocamento delle parole *qui bona fide emit*, resta ad accennare al concetto dello Schirmer, sostenuto ampiamente dall'Appleton, che esse appartenessero cioè ad una parte introduttiva della formula, una specie di *trait d'union* tra questa e l'editto. Ecco come l'Appleton legge nell'ultimo articolo sulla *Revue générale*:

*Si quis id quod traditur vel mancipatur, traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*

*Ei, qui bona fide emit, formulam in hunc modum conceptam dabo:*

*Si quem hominem* etc. (Gaio IV. 36.)

L'editto differisce da quello del Cuq per l'inserzione del *vel mancipatur traditum*, inserzione che l'Appleton non avea creduto necessaria nel suo articolo sulla *Revue historique* del 1885, ma che stimò opportuna un anno dopo: come spiega in una nota, pare sia stato a ciò indotto dal fatto che, secondo lui, la restituzione del Cuq non spiegava punto il *traditur*;

---

cuperemo espressamente di questa quistione, esamineremo come merita l'ipotesi del giurista francese. Per quanto poi riguarda l'editto, è appena necessario di osservare che non vi è alcuna traccia, nelle fonti, di questa seconda parte.

su questo argomento io mi sono già a lungo fermato. Che dire poi di quel suo passaggio?

Il giudizio è molto semplice, ed è già stato dato dal Lenel: in vero nulla ci risulta a questo riguardo dai testi, ed anzi il modo con cui le famose parole del § 11 son comentate ci portano ad escluder l'ipotesi Schirmeriana. La vera ragione, che vi ha fatto ricorrere tanto lo Schirmer che l'Appleton, è stata quella che, non parendo loro poterle riferire nè all'editto nè alla formula con sicurezza, e risultando d'altra parte testualmente del pretore, bisognava pur trovare un mezzo termine per cavarsela; e che cosa infatti di più mediano dalla loro ipotesi poteva escogitarsi? Non vale per sorreggerla il dire che sarebbe strano i compilatori avessero riportato solo quelle parole della formola: stranezze simili sono addirittura una quantità trascurabile, di fronte a tante altre imputazioni che si fanno loro. Piuttosto io credo si possa fare ancora un'altra obbiezione alla ipotesi di Schirmer. È naturale che il pretore dicesse di concedere proprio a colui, *qui bona fide emit*, una formula così generica come quella di Gaio, dove di tutto si parla fuorchè di *emptio* e di *bona fides*?

Ma omai basta dell'editto: il minuto esame che abbiamo fatto del problema della sua ricostruzione deve averci convinto che al di là dei limiti, che noi ci siamo imposti, si è nel campo delle congetture più

o meno fantastiche, le quali dopo tutto lasciano sempre il tempo che trovano. (76)

(76) Il Pfr. APPLETON nel suo recente libro: « *Histoire de la Propriété Prétorienne et de l' Action Publicienne* », comparso dopo che questo capitolo era scritto, trattando della restituzione del nostro editto, dopo aver riprodotto il suo articolo della *Revue générale*, ci fa sapere che il LENEL, cui egli avea fatto omaggio del suo lavoro, gli comunicava per lettera alcune obbiezioni, come saggio di quello che dirà contro il suo sistema nei *Nachtragen zum Edict*, di prossima pubblicazione.

Il LENEL, pur riconoscendo, pare, la giustezza delle osservazioni dell'APPLETON in molti particolari, sta sempre fermo alla dualità almeno per l' editto, solo dubbioso sul concedere un' unica formula. L' APPLETON, spinto da ciò a ritornare sul ragionamento del dotto tedesco, nella ricerca di questa doppia clausola conciliabile coll'unica formula, avrebbe dapprima pensato alla seguente restituzione:

*Si quis id quod mancipatur, traditum ex iusta causa (a domino ?) et nondum usucaptun petet, iudicium dabo.*

*Ei, qui bona fide emit, simile iudicium dabo.* Dove la prima parte sarebbe quella stessa del LENEL.

Ma poscia si è risoluto a rinunziarvi, e a tornare al suo antico sistema, considerando che ai tempi di GIULIANO si accordava già la Publ. per qualunque titolo di acquisto in buona fede; non è quindi presumibile che l'editto di lui fosse redatto restrittivamente per la sola *causa emptionis;* e pare che in vero abbia ragione.

Inquanto alle obbiezioni del LENEL, ecco quali esse sono e come l' APPLETON vi risponde:

1° Nella restituzione dell' APPLETON manca la menzione tanto della proprietà presso il *tradens*, quanto della b. f. presso l' *accipiens.*

2° La menzione della b. f. sorge tutt'a un tratto in una frase intermedia tra l'editto e la formula, frase destinata solo a dare un esempio.

3° Di simili frasi intermedie non si hanno esempi nell' editto.

Ora, alla prima l'APPLETON risponde che nella *iusta causa* e

# CAPITOLO II.

## Diritto Antegiustinianeo.

### § I.

### *Preistoria della Publiciana.*

1.) Lo Huschke nella sua monografia più volte citata ha creduto trovare nel dritto di famiglia un istituto analogo alla Publiciana, e alla opinione dello Huschke si riporta anche l'Appleton nella sua recente pubbli-

---

nel *nondum usucaptum* si trovano implicite quelle condizioni, le quali del resto non potevano essere espresse contemporaneamente dal pretore, data l' unicità dell' editto, poichè ciascuna di esse è richiesta in casi differenti.

A parte forse quello che riguarda la *iusta causa,* questa difficoltà, che potrebbe opporsi ancha alla nostra ricostruzione, mi pare così rimossa.

Alla seconda, replica che non è strano pel caso della vendita, come il più frequente, si desse una formula tipo, tanto più che esso presenta la particolarità che si esige la b. f. non solo *traditionis* ma anche *emptionis tempore.*

Ma all'Appleton può farsi notare che ciò serve a giustificar pienamente, come nel nostro sistema, il trovar menzionata tale circostanza solo nella formula, dato che questa variasse col variare dei casi cui si applicava l'azione; ma non spiega invero abbastanza l' anormalità di quel passaggio, specie ove, come è indicato nel N. 3°, si consideri che non ve ne sono altri esempi. Al quale proposito la miglior prova delia taccia di arbitraria alla sua ipotesi sta nel non saperne egli dare altra difesa, se non quella che ciò doveva esser raro, ed i compilatori possono averlo facilmente soppresso (perchè collegato al sistema formulare abo-

cazione (77). L'istituto sarebbe l'interdetto *de uxore exhibenda*, per cui era concessa facoltà al marito di perseguire la moglie presso qualunque terzo possessore; in tempi posteriori la efficacia ne fu estesa anche contro il padre.

Dell'interdetto si conosce poco; ne parlano la L. 2. D. (43. 30) e la L. 11. C. (5. 4). Il primo frammento è nel titolo, che tratta dell'interdetto *de liberis exhibendis vel ducendis* concesso al *paterfamilias*, *iure patriae potestatis;* nella costituzione del

---

lito) ove, come nel caso, la speciale importanza del contenuto non ha fermato loro la mano.

In conchiusione le obbiezioni del LENEL, mentre ci confermano nel rifiutare la ricostruzione dell'APPLETON, ci mantengono però sempre saldi alla nostra. Attenderemo, per avere più luce, i promessi *Nachtragen;* intanto notiamo che, per la formula almeno, il LENEL pare disposto a tornare sui suoi passi.

Nella *Palingenesia Juris Civilis* - (Lipsia-Tauchnitz - fascicolo XII, col. 512, n. e) egli mostra di aver mutato di nuovo opinione, aggiudicando le parole *qui bona fide emit* alla formula.

In questi giorni sull'Archivio giuridico (Vol. XLIII - fascic. 1, 2 e 3) sono comparse due recensioni del libro di APPLETON, una del Prof. BUONAMICI e l'altra del Dott. BREZZO. Quest'ultimo avventura una lezione dell' editto che, per le ragioni svolte, non possiamo in alcun modo accettare; essa consiste nell'aggiungere alle parole riportate nel fr. 1. h. t. le seguenti: *cuius (sc. iudicium) illi experiundi potestatem faciam, qui bona fide emit.* Il Prof. BUONAMICI inclina a ritenere l'editto del fr. 1. tolte le parole: *non a domino;* però non dà una plausibile spiegazione delle altre: *qui bona fide emit,* che dichiara non essere del Pretore, ma una conseguenza tratta da ULPIANO.

(77) HUSCHKE l. c. p. 114 sgg.

APPLETON - *Histoire de la Propriété Prétorienne* etc. p. 39 n. 22.

Codice si accenna invece alla *extraordinaria cognitio*, da cui derivarono gli interdetti. L'insieme delle due leggi ci autorizza pertanto a classificarlo tra gli interdetti.

Ora l'analogia di esso con la Publiciana risulterebbe dalla possibilità del suo esperimento nei matrimoni contratti colla forma dell' *usus*.

In tale ipotesi infatti la sovrana potestà maritale, la *manus*, che nella *coëmtio* passava direttamente al marito per una specie di simbolica *mancipatio* della sposa, si acquistava colla continuata convivenza per un anno, in correlazione appunto della *usucapio* in tema di proprietà.

Il nostro interdetto pertanto proteggerebbe un *diritto in formazione*, o in altri termini il diritto ad acquistare la *manus*, durante il periodo di possesso stabilito dalla legge; come appunto la Publ. garantisce il diritto ad acquistare la proprietà entro il decorso dello *statutum tempus* per usucapire. In tutto questo vi è senza dubbio del vero; la correlazione è innegabile, ma non è lecito spingere troppo l'analogia tra un istituto di diritto familiare ed un altro di diritto patrimoniale.

Nel campo dello *ius familiae*, e propriamente in materia di matrimoni, si capisce che si ha da tener conto di alcuni coefficienti riferentisi alla natura personale dei diritti ed al lato etico-sociale degli isti-

tuti, i quali ci obbligano a giudicare l'organismo giuridico con criteri affatto speciali.

Così questo diritto a perseguire la moglie è evidentemente spiegato e giustificato dal concetto dell'intimo legame, che tra i coniugi stabiliva il matrimonio anche sotto la forma, solo apparentemente meno morale, dell' *usus*; perchè in sostanza questa avea lo scopo di conservare la saldezza economica della famiglia paterna per mezzo della *usurpatio*, aprendo una via al matrimonio libero, che nel libero consenso degli sposi ripone tutta la efficacia morale e giuridica dell'atto. (78). Tuttavia, ferma restando questa osservazione di ordine generale, certo che la struttura tecnica esterna dei due istituti (Interdetto *de uxore exhibenda* e Publ.) è la stessa; tutte e due proteggono un diritto, che si va formando in un determinato spazio di tempo. Del resto il linguaggio dei testi ci autorizza a simile raffronto, e in questo ordine di idee è molto verosimile, come fa l'Appleton, immaginare che fosse concesso al padre contro il marito, che esercitava l'interdetto, una *exceptio* analoga a quella *iusti*

---

(78) Si è notato che il fatto della *usurpatio*, la quale poteva mantenere il marito eternamente *in via usucapiendi* diremo così, rendeva più che necessario un mezzo di difesa pel diritto di lui. Ma questa considerazione d' altra parte fa vedere molto chiaramente come lo scopo di simile difesa, accordata al marito, avesse un carattere sociale, quello cioè della saldezza del vincolo matrimoniale finchè non interveniva divorzio.

*dominii*, ed al marito a sua volta una replica *mulieris nuptae et traditae (=rei venditae et traditae)*; contro quest'ultima il padre, finchè ebbe il diritto di imporre il divorzio, poteva trionfalmente ottener vittoria, ma, una volta toltagli quella facoltà, si capisce come l'interdetto dovesse aver efficacia anche contro di lui.

2.) Un altro istituto, che si presta ad esser considerato come un precursore della Publiciana, è il sistema delle *vindiciae*, che serviva per accordare il possesso interinale durante il giudizio di proprietà, al tempo delle *legis actiones*.

Veramente non si è concordi nello stabilire con quali criteri il giudice procedesse nella scelta del possessore tra i due litiganti, e le parole generiche di Gaio al proposito hanno dato luogo a diverse interpetrazioni (79).

Oggimai l'opinione pur sostenuta da illustri giuristi, che hanno voluto vedervi l'origine della tutela possessoria, è scartata dalla critica. L'espressione di Gaio *secundum alterum* (80) mostra chiaro che il pretore non aveva direttamente riguardo al possessore, ma giudicava con criteri più larghi, senza escludere

---

(79) *Inst.* IV. 16
*Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est aliquem possessorem constituebat* etc.

(80) Cfr. Padelletti-Cogliolo o. c. p. 321.

con questo che anche il criterio del possesso fosse tenuto presente. Certo è che in quella procedura era confuso il *possessorio* col *petitorio*, e quindi il sistema puro della difesa del possesso non è e non può essere che uno sviluppo posteriore. Invece questo carattere di una difesa mista della proprietà e del possesso, che in altri termini si risolveva nella difesa della proprietà apparente, in base al possesso e a tutti gli altri indizi che *prima facie* potessero convincere il pretore del buon diritto di colui cui *vindicias dicebat*, rende straordinariamente verosimile che fin d'allora l'equità del magistrato, in una maniera inconsciente magari, certo non ordinata nè organica, si inducesse ad applicare nella pratica quei criteri, che poi formarono la base della Publiciana. È solo in questo senso che si può accettare la teoria dello Huschke, seguita dall'Appleton, che riconduce a tale istituto l'origine della nostra azione. L'Appleton, argomentando per analogia dall'azione di eredità a quella di proprietà — analogia permessa dalla testimonianza di Gaio — (81) osserva come il pretore, trattandosi di *res mancipi*, fosse indotto piuttosto a proteggere chi aveva acquistato ricevendo tradizione che chi vantava una pura e semplice *mancipatio;* allo stesso modo che tra un agnato del defunto ed una persona mu-

(81) Cfr. *Inst.* IV. 17 in fine.

nita bensì di testamento, ma senza che fosse intervenuta la *mancipatio familiae*, il pretore preferiva questa a quello nell'assegnazione della *bonorum possessio* (82). Per le *res nec mancipi* poi è chiaro che, tra uno sfornito di titolo e un altro che producesse un titolo seguito da tradizione, quest'ultimo fosse da preferire senz'altro, e, in caso di parità riguardo al titolo, fosse da tener conto del possesso, salva a ogni modo nel giudizio di merito la questione sul valore intrinseco dei titoli stessi.

Non come teoria preordinata adunque, ma come naturale esigenza della pratica, pare potersi ritenere che nella *vindiciarum dictio* si dovevano, già prima della comparsa della Publiciana, in casi che poi caddero sotto la portata di quest'azione, applicare quegli stessi criteri che in seguito servirono a creare un tal mezzo di difesa.

## § II.

### *Comparsa della Publiciana*

La questione storica dell'origine della Publiciana è di quelle che ammettono una soluzione soltanto approssimativa; l'esame critico di varie circostanze in-

(82) Cfr. Gaio *Inst.* II. 119 e 120.

trinseche ed estrinseche ci può tuttavia porre in grado di arrivare ad una induzione, entro certo limiti, esatta.

1.) Prescindendo quì dallo stabilire se essa in origine servì a tutelare la sola *possessio bonae fidei* o l' *in bonis* o tutte e due gli istituti insieme -- ciò che si vedrà più innanzi — qualunque opinione si accetti al proposito, certo solo in epoca, in cui i due istituti erano abbastanza sviluppati, è da ritenere che si applicasse loro una tale difesa.

Il possesso di buona fede rappresenta qualcosa di sottordinato al dominio di qualunque forma o perfetta o meno, ed in origine, data la rigorosità del diritto primitivo, è naturale il ritenere che poca o punta efficacia giuridica dovesse ad esso accordarsi (83). Si cominciò dal riconoscerlo come un elemento del dominio, specialmente nel riguardo dell' acquisto, e la prima forma di protezione fu la possibilità di trasformarsi in proprietà vera e propria durante un determinato tempo *(statutum tempus)* per mezzo dell' usucapione. Così sorse il concetto della *proprietà in formazione (das Werdende Eigenthum),* ed è solo quando una tale concezione giuridica diventò un elemento definitivamente acquisito al sistema del

---

(83) Cfr. DERNBURG - *Pandekten* Vol. I p. 441 segg.

diritto, che si è potuto pensare ad accordarle una difesa così potente come è la Publiciana.

Prima che la necessità della protezione fosse sentita, era necessario che universalmente, e nella teoria e nella pratica del diritto, fosse considerato un tale istituto quale immagine del dominio. Per quanto adunque la *bonae fidei possessio* sia di antichissima data (84), la Publiciana, come azione in sua difesa, deve appartenere ad un tempo molto posteriore, quando già lo spirito giuridico avea fatto grandi passi su questa via.

E così per l' *in bonis*. Non è nostra intenzione di addentrarci nell' intricata quistione dell' origine di questo istituto, che si riconnette coll'altra veramente famosa delle *res mancipi* e *nec mancipi* (85); ma, comunque si pensi a tale riguardo, la divisione del doppio dominio è posteriore al legale riconoscimento del possesso di buona fede. Ora, quando una tale distinzione si introdusse, corrispondente alla necessità *(res mancipi)* o meno *(nec mancipi)* della *mancipatio* per l'acquisto del *plenum dominium ex iure Quiritium*, è naturale che avesse grande importan-

(84) Cfr. L. 12 § 8 D. 49. 15 ove si parla del *vetustissimum ius bonae fidei possessoris* - Cfr. anche il citato articolo dell'APPLETON nella Nouv. Revue del 1885.

(85) Cfr. RIBEREAU - *De l'in bonis habere* (1867) e la recente pregevole pubblicazione del BONFANTE. — *Res mancipi e nec mancipi*. (Roma — Tip. della Camera dei Deputati — 1888-89).

za anche nella pratica la forma imperfetta della mancipazione, importanza che si spiega colla povertà della economia pubblica e privata. Ci voleva che la Repubblica, in seguito alle sue gloriose conquiste, avesse col trionfo delle armi portato in Roma una floridezza commerciale affatto sconosciuta agli antichi Quiriti, perchè i vecchi legami imposti al passaggio della proprietà, che erano stati prima la tutela necessaria della ricchezza, apparissero invece un impaccio insopportabile, e le pratiche esigenze inducessero ad abbandonarli. Ci voleva che sul mercato di Roma affluisse l'oro e l'argento dei popoli vinti insieme a tutte le altre raffinatezze del lusso straniero, perchè paresse ridicolo, e divenisse addirittura inattendibile negli ordinari rapporti della vita, che per vendere un asino fosse necessaria la presenza di sei cittadini. All'antico popolo agricolo si sostituiva una nazione di ricchi commercianti e di straricchi patrizi, cadeva il vecchio mondo dinanzi al nuovo, ed era necessario mutassero coi tempi le forme del diritto. È a tale evoluzione economica pertanto che noi dobbiamo riportare il nostro pensiero, quando cerchiamo di determinare la origine della nostr' azione, il che ci riconduce non prima del sesto secolo di Roma. In questo concetto del resto conviene più o meno la maggioranza degli scrittori.

2.) Entrando più addentro nell'esame della qui-

stione, l'istituto è di origine pretoria e propriamente appartiene al novero di quelle azioni introdotte dal pretore ad immagine di una esistente nello *ius civile*, sulla base di una *fictio iuris*, che servisse ad eguagliare gli antecedenti di fatto a quelli presupposti dall'azione di stretto diritto. Riportandoci a quanto abbiamo innanzi detto, come accanto al dominio reale ed effettivo si riconobbe un dominio in formazione, così a lato della *rei vindicatio*, che era la legittima tutela di quello, dovea sorgere, come sorse, un'azione analoga a garantia dell'altro, e questa fu appunto la Publiciana. Tale è il significato puramente astratto e filosofico, direi, delle espressioni che riaccostano nei testi l'una all'altra azione, senza che ciò importi una corrispondenza esatta nella toro tecnica struttura, come si vedrà a suo luogo. Orbene la conseguenza di tali premesse si è che questa innovazione non poteva farsi che in un periodo in cui il potere pretorio fosse abbastanza assodato, e quindi in un'epoca sufficientemente posteriore alla scomparsa delle *legis actiones*, durante il sistema della procedura formulare. La data perciò dell'editto Publiciano deve esser più recente, e non solo di qualche anno, a quella delle *lex Aebutia* (86), cui si deve in gran parte la fine

---

(86) Cfr. PADELLETTI - COGLIOLO -- O. c. p. 403 segg.; ORTOLAN - *Histoire etc.* p. 207. Le varie date discusse sono gli anni 520, 577, 583, 605, per riguardo alla notizia che si ha di

delle *legis actiones*. Ora è noto come la data di questa legge, sebbene controversa, devasi collocare al termine del secolo sesto.

3.) Abbiamo già nel precedente paragrafo veduto il nesso, che corre tra l'istituto della Publiciana e la procedura delle *vindiciae*, nel senso che nell' assegnazione di queste dovessero in gran parte adottarsi quei criteri, che servirono poi di base alla Publiciana. Però essi non erano certamente i soli, data la confusione che in quello stadio del giudizio di proprietà si avea dei due diversi elementi, che appresso furono distinti coi nomi di *petitorio* e *possessorio*.

Ora occorre guardare la cosa da un altro punto di vista. Data la complessità dei rapporti difesi nell' assegnazione delle *vindiciae*, che cosa avvenne di questi quando, scomparse le *legis actiones*, scomparve anche la procedura che ad esse si ricollegava? È qui che la benefica azione del pretore dovè applicarsi in aiuto e compimento dello *ius civile*, ed è molto naturale l'opinione avanzata dallo Huschke ed accolta dall'Appleton e da altri, che da una parte vede negli interdetti *retinendae possessionis* e dall' altro nella Publiciana il sostitutivo delle antiche *vindiciae*. L'elemento puramente possessorio fu difeso da quelli en-

---

parecchi tribuni di nome *Aebutius*. Ma il raffronto di altre date induce a fermarsi, con maggiore verisimiglianza, sulla fine del secolo sesto.

tro limiti e sotto condizioni determinate, ma in questo modo non tutta la funzione della *vindiciarum dictio* veniva ad essere rimpiazzata.

Nella contesa per il possesso interinale si facevano valere, oltre i dati di fatto dell' attuale e passato godimento della cosa, tutti quei titoli in base ai quali si poteva pretendere un diritto di proprietà, onde spesso la caratteristica del vincitore, in questa lotta pregiudiziale, era di un *quasi-dominus* in largo senso, comprendendo cioè tanto quello bonitario quanto il possessore di buona fede. Orbene a loro più non poteva bastare il sistema degli interdetti possessori, una volta scomparsa la procedura delle *vindiciae*, ed ecco sorgere chiara la probabilità che, spinto da tale esigenza insieme alle altre, in questa epoca appunto il pretore creasse la nostra Publiciana.

4.) Il risultato delle osservazioni fatte adunque ci porta *non prima* della fine del secolo sesto.

Ma resta ancora nn altro dato da esaminare. Giustiniano nelle Istituzioni (IV. 6 § 4) chiaramente dice: *Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio pretore in edicto proposita est*; ora chi è questo pretore Publicio? La domanda fu esaminata da tutti coloro che si occuparono del nostro tema, ma senza poter pervenire ad una conclusione soddisfacente. Di tre pretori Publici si ha

memoria, ma a nessuno pare potersi riferire il passo delle Istituzioni.

*a*) M. Publicius Malleolus, console al 521 con M. Aem. Lepidus, e quindi anteriormente pretore, menzionato da Pighius e Sigonius, è certamente da escludere perchè anteriore alla *lex Aebutia*, secondo quello che abbiamo detto innanzi. Tuttavia alcuni autori, come il Reinold e il Glueck, non si mostrano perfettamente alieni dal prenderli in considerazione.

*b*) L. Publicius Malleolus, pretore nel 516, menzionato dagli stessi su ricordati, e pel quale la ragione che vale a rifiutare il primo ha ancora maggiore importanza.

*c*) Q. Publicius (87) pretore nel 685, ricordato da Cicerone. Inquanto alla data veramente, l'essere di tanto posteriore all'introduzione del sistema formulare non avrebbe in sè nulla di inaccettabile. Piuttosto è da osservare, come si è rilevato da tutti, che per averlo Cicerone menzionato in secondo luogo vuol dire che esso era pretore peregrino; ed ora non è presumibile che un'azione, la quale si introdusse in virtù della finzione di una compiuta *usucapio*, si creasse dal pretore che avea giurisdizione sui *peregrini*, i quali non potevano usucapire. Contro la osservazione

---

(87) Cicerone - *pro Cluentio* cap. 45: « *quum defendissem apud M. Junium, Q. Publicium praetores . . .* »

del Gimmerthal, che il pretore peregrino la introducesse per guarentire ai cittadini romani l'acquisto delle *res mancipi* con semplice tradizione dai peregrini, giustamente l'Appleton nota come ciò presupponga, senza dimostrarlo, che un tal genere di acquisto non valesse a far passare al *civis romanus* il pieno dominio quiritario. Inoltre, anche concesso tutto questo, sarebbe sempre strano che il pretore peregrino si fosse indotto a creare una difesa, che non era mai accessibile ai suoi amministrati; e in ogni caso la necessità di proteggere un simile rapporto giuridico, derivante da un imperfetto acquisto, più che tra un cittadino romano e un peregrino, è naturale che dovea sentirsi nelle relazioni di cittadino a cittadino romano (88).

Neanche questo Pubblicio adunque, almeno in base alla menzione che ne fa Cicerone, può ritenersi l'autore della nostr'azione, per quanto più d'uno abbia diversamente giudicato. (89)

5.) Tutto sommato pertanto, senza poter determinare quando questo pretore Publicio sia esistito e quale esso sia, bisogna contentarsi di riconoscere che la nostr'azione giammai anteriore alla fine del sesto secolo, epoca della cessazione dell'antica procedura per

---

(88) Cfr. Appleton - *Histoire* etc. I. p. 32 n. 4.
(89) Cfr. a tale proposito Glueck - VIII, 313 n. 11.

*legis actiones*, d'altra parte non può avere di molto seguito un tale mutamento nell'ordine dei giudizi, mutamento a cui fu contemporanea una vera rivoluzione economica, la quale mercè il vigile e prudente senno del pretore potè, senza turbarlo, far progredire il vecchio diritto quiritario. Così, con un processo simile a quello che in tempi posteriori si è visto in Inghilterra nel campo del giure pubblico, seppe Roma, in quello del diritto privato, unire alla maestà dell'antico l'utile ed il progesso dei nuovi tempi (90).

## § III.

### *Possesso di buona fede e dominio bonitario.*

Uno dei punti più controversi nella storia della Publiciana, come abbiamo accennato, è appunto qnesto della sua applicazione ai due istituti, da cui si intitola il presente paragrafo. Vediamo i diversi sistemi messi innanzi.

1.) Una prima schiera di scrittori sostiene che la Publ. fosse introdotta ad esclusiva difesa dell' *in*

---

(90) A completare l'esposizione storica giova notare due altre opinioni isolate su tale argomento. Il SIGONIO (*De Judiciis* I. 17) vuole l'azione sorta al tempo dell' Impero e il RICHEI (*Vindiciae Praetoris* etc. § 16) la riporta sotto il nome di *Publiliana* a Q. PUBLILIUS PHILO 1º pretore plebeo. Ambedue sono evidentemente inattendibili.

*bonis* (91). Il possesso di buona fede, si dice, era sufficientemente protetto dal breve tempo per usucapire, e meno sentito era per esso il bisogno di una straordinaria tutela. Fu in seguito che il progressivo sviluppo del diritto permise di estendere la Publiciana all'altro istituto, tanto anzi che in dritto Giustinianeo, scomparsa la proprietà bonitaria, rimase a garanzia esclusiva di esso (92). Or è certo che il domino bonitario, il quale in fondo godeva un diritto di dominio, prima della Publiciana, contro le pretese del *dominus ex iure Quiritium*, non avea che la *exceptio rei venditae et traditae*, e contro il terzo niente altro che la *denunciatio* al domino quiritario; ma ciò, se spiega come sia ragionevole ritenere che la Publiciana dovesse

---

(91) Cfr. Du Caurroy (*Inst. expl.* II) citato dal Ribereau (*De l' in bonis habere* p. 72 segg.) Inoltre: Demangeat (*Cours de droit rom.* II. 501); così Reinold, Kritz, Zimmern, Hugo etc.

(92) Che nel dr. Giustinianeo la Publ. si applicasse al possesso di b. f. è reso evidente dalla dizione stessa dell'editto, ove si parla di acquisto *a non domino;* poco importa quì che queste parole sieno state o meno interpolate, il fatto è che si trovano nelle Pandette. Del resto solo del possessore di b. f. poteva parlarsi all'epoca di Giustiniano, essendo scomparsa la doppia forma di proprietà. Tuttavia i più rigorosi sostenitori del concetto che la nostra azione fosse nient'altro che la difesa della proprietà bonitaria sono arrivati, costretti dalla logica, a ritenere che in dr. delle Pandette più non vi fosse differenza tra la *rei vindicatio* e la Publiciana. (Cfr. a tale proposito il Vangerow *Pand.*). Come ciò sia conciliabile coi testi non si riesce a capire.

essere adibita a difesa dell' *in bonis* (93), non prova che per questo istituto e solo per esso fosse creata. Del resto le Istituzioni parlano chiaro sulla quistione di origine (IV. 6 § 4).

Ecco poi i principali argomenti, fondati sui testi, a sostegno di tale opinione:

Alla L. 7 § 7 h. t. si dice: *si petenti mihi iusiurandum detuleris egoque iuravero* REM MEAM ESSE, *competit Publiciana.* Inoltre al § 6 eod: *Publiciana actio ad* INSTAR PROPRIETATIS *non ad instar possessionis respicit.* E al § 8: *In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et* IN REI VINDICATIONE *diximus.*

Ma la forza probatoria di questi testi è debolissima. In quanto al § 7, si noti che lo scopo del giureconsulto è stato solo di stabilire il valore del giuramento tra le parti, valore superiore a quello della *res iudicata* (94).

Del resto il *meum esse* non accenna mai a proprietà bonitaria, per cui trovasi sempre la frase *in bonis esse.* Gli altri due paragrafi poi, come tutti quelli

---

(93) Cfr. MICHELSEN - (*De exceptione rei venditae et traditae* - Berol. 1824. p. 21 segg.). ZIMMERN, in Rhein. Mus. III n. 13.

(94) L. 2 D. 12. 2: *Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata.* Cfr CUIACIO *Comm.* VII. 567.

Alcuni, fondandosi su questo frammento, son giunti a sostenere che per la Publiciana bisognasse provare la proprietà! Cfr. VANGEROW *Pand.*

concepiti in una maniera così generica, son da intendere colle necessarie restrizioni (95). Non si vuole già in essi escludere che il presupposto di fatto per l'esperimento dell'azione possa essere il possesso di b. f. (il che sarebbe in contradizione con tutti i passi ove si parla di *amissa possessione*), ma solo alludere ad una certa analogia colla *rei vindicatio*, dipendente da che il possesso di b. f. è un rapporto molto simile a quello di dominio, almeno dal punto vista subbiettivo del possessore. La storia infatti di questo rapporto giuridico mostra come andò sempre crescendo nella coscienza dei giureconsulti una tale considerazione, che indusse ad accordare ad esso sempre maggiore importanza. Nella pratica infatti degli affari, tutelare la *possessio bonae fidei* vuol dire tutelare in fondo il *dominium* vero e proprio, e appunto le esigenze pratiche furono la guida delle riforme pretorie (96). Dal fin qui detto si ricava adunque come non sia possibile sostenere che la Publ. in origine tutelasse il

---

(95) Cfr. HUSCHKE o. c. p. 22.

(96) Il DERNBURG nel suo bel trattato delle Pandette distingue l' acquisto secondo le regolari forme giuridiche (*rechtmässig*) da quello in buona fede (*redlich*). Il 1° mena alla proprietà, il secondo alla *possessio bonae fidei* che è una immagine della proprietà. Da principio, egli osserva, il dr. rigoroso non garantiva che la proprietà; poscia si prese in considerazione il possesso.

Esso infatti è un elemento dell' acquisto della proprietà,

solo dominio bonitario, e molto meno che tale fosse sempre la sua sfera di applicazione (97).

2.) Un secondo gruppo di autori, invece che all'*in bonis*, fa capo alla *possessio bonae fidei*. Quì occorre far due classi, tra coloro che sostengono la Publ. essersi sempre mantenuta negli stessi confini, escludendo

---

uno dei requisiti della usucapione, e produce conseguenze analoghe alla proprietà.

La sua efficacia si rivela nelle seguenti facoltà accordate al possessore in b. f.:

1° Acquisto dei frutti per semplice separazione.

2° Sperimento della Publiciana pel ricupero del possesso perduto.

3° Diritto di impegnare la cosa posseduta.

(97) Il GIMMERTHAL (O. c. p. 55 segg.) ritiene che questa controversia sulla estensione originaria sia da tutti mal posta, quando si considera l' istituto come una conseguenza della equità, cui il pretore informava la sua opera. La Publiciana invece fu un effetto naturale delle mutate condizioni del commercio, che non permettavano più il mantenimento della vieta forma della *mancipatio*.

Ma, prima di tutto, se le mutate condizioni del commercio rendevano inattuabile nella gran maggioranza dei casi la *mancipatio*, rendevano anche più frequenti le vendite *a non domino* nella b. f. del compratore; dove vi sono molti affari è possibile più facilmente l'inganno. Da questo punto di vista adunque la *possessio bonae fidei* avrebbe richiesto difesa egualmente che la proprietà bonitaria. Del resto non si capisce bene dove stia la gran differenza che il GIMMERTHAL pone tra l'equità e l'esigenza pratica, consistendo la prima appunto nel soddisfare alla seconda. Questo vogliono dire le parole delle Istituzioni: *sane durum erat* etc. *Durum*, come spiega il DONELLO (*Comm.* § XIII), sta nel senso di *iniustum;* a simiglianza dei corpi rigidi, che non si piegano all' arte, lo *strictum ius* contrasta coll'*aequitas*.

assolutamente l'*in bonis*, e quelli che ammettono essersi solo in tempi posteriori estesa a quest'istituto.

Coloro che escludono l'*in bonis* dalla Publiciana si fondano su argomenti egualmente deboli che coloro i quali escludono il possesso di buona fede. Si ricorre alla frase *non a domino* dell'editto, ma noi già abbiamo visto come debba ritenersi per una interpolazione. Inoltre le parole della L. 7 § 11 h. t., QUAMVIS *non a domino emerim*, stanno a provare che la ipotesi dell'*emptio a non domino* non è nè l'unica nè la ordinaria per la possibilità della Publiciana. Ma quelli, che han voluto escludere il dominio bonitario, han cercato di sostenere la loro tesi asserendo che un'altro mezzo di difesa esistesse a garentia di esso.

Due ipotesi sono state proposte a tale riguardo. Gli uni (98), fondandosi su un passo di GAIO (IV. 92);

---

(98) La ipotesi fu avanzata dallo HUGO nella 9. edizione del suo *Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts* p. 438, ma venne ritirata nella 10. p. 480. La seguirono REGENBRECHT, HAUBOLD, GUYET, SCHRADER, MAYER, VANGEROW, tutti citati dal PELLAT cui rimando per questa parte.

Il VANGEROW del resto concede che il proprietario bonitario potesse usare della nostr' azione come il quiritario, quando non volessero o non potessero provare di più. Egli riduce così la differenza tra la Publ. e la *rei vindicatio* ad una questione di prova.

Per esperimentare con profitto la prima bisognava provare la proprietà o almeno l'acquisto dal proprietario. Ora dalla ingiustizia di nessuna difesa, contro il non avente titolo, di chi non poteva produr quella prova, sempre difficile del resto, fu condotto il pretore a concedere la Publ. a chi riuscisse a pro-

ove nella *petitoria formula* della rivendicazione classica, a differenza della *formula per sponsionem*, alle parole *rem suam esse* non seguono le altre *ex iure Quiritium*; vorrebbero sostenere che appunto la *formula petitoria* servisse a garantire il dominio bonitario (99). Ma tale congettura cade senz' altro ove si consideri che, per esplicita dichiarazione dei testi, *meum esse* allude sempre alla proprietà Quiritaria, anche quando non ve n' ha espressa menzione (100). Inoltre GAIO non afferma esplicitamente nel luogo citato che nella *formula petitoria* mancasse la frase *ex iure Quiritium*, mentre CICERONE (*In Verrem* II. 12) e GAIO stesso altrove (IV. 41) ve la inseriscono: sicchè pare che essa potesse e non potesse figurarvi.

---

vare soltanto un acquisto subiettivamente giusto. Oltre che nella prova, le due azioni si distinguevano per la persona del convenuto, dacchè, mentre la *r. vindicatio* poteva esperirsi contro chiunque possedesse, l'altra invece solo contro l'avente minor diritto.

(99) Si è voluto fondare l' esistenza di una *utilis rei vindicatio* anche su un passo di FRONTINO (Cfr. Ed. LACHMANN dei *Römischen Feldmesser* I p. 36) nel libr. II *De contr. agrorum*, ove è scritto, parlandosi degli agri provinciali, di cui il solo possesso era accordato ai privati: VINDICANT *tamen inter se non minus fines* EX AEQUO *ac si privatorum agrorum.*

Ma evidentemente non è questa *vindicatio ex aequo*, che si possa estendere al dominio bonitario. Ciò presupporrebbe, come pensa il GLUECK ma che non si può ammettere, essere questo dr. del *civis* sul fondo provinciale una specie di dominio bonitario.

(100) Cfr. GAIO IV. 34 e 41; L. 6 § 2 D. *De confessis*; L. 6 D. *De rei vind.*

Ancora un altro mezzo fu escogitato come difesa propria dell'*in bonis*, in luogo della Publiciana.

Questa *utilis rei vindicatio* si concepì anch' essa basata su una finzione, variante però a seconda delle diverse specie di dominio bonitario (101). Tale sistema artificioso e complesso, perchè variabile con ciascuna delle forme di dominio bonitario, sostituito arbitrariamente a quello semplicissimo della Publiciana, non può accettarsi ed è stato abbandonato (102). Resta finalmente, in questo secondo gruppo, la più ragionevole opinione di chi ammette bensì che la Publ. servisse anche a difendere il dominio bonitario, ma ciò solo in virtù di una estensione posteriore per opera della giurisprudenza (103).

Quanto abbiamo detto finora e meglio vedremo innanzi nella esegesi dei testi, i resultati della critica dell'editto, e infine quel giustissimo concetto svolto dallo IHERING sull' *economia dei mezzi* (104),

---

(101) Opinione emessa dall'UNTERHOLLZNER e seguita da MÜHLENBRUCH, SCHILLING citati da PELLAT p. 434 n. 1.

(102) La finzione pel caso nostro sarebbe quella dell' avvenuta mancipazione.

(103) Così SAVIGNY, ZIMMERN, PUCHTA, PELLAT, RIBEREAU, GLUECK, OBROCK etc., la gran maggioranza insomma di coloro che hanno esaminato la questione.

(104) La ragione è ricordata da parecchi ed è giustissima. Del resto il fatto è una conseguenza naturale della logica del diritto, la quale esige questa completa e generale efficacia di ogni concetto giuridico. La storia di tutti gli istituti nella loro evoluzione prova la verità indiscutibile di tale principio.

come cardine fondamentale della procedura romana, ci obbligano senza dubbio a ritenere che la Publ. si applicasse a tutti e due gli istituti. Ma è egualmente provato e provabile, allo stato delle nostre conoscenze, che in origine l'azione ebbe in mira il *solo* possesso di b. f.? Certo che la maggiore antichità di questo istituto, di fronte all'altro dell'*in bonis*, ed il carattere, subiettivamente più degno di difesa (105), del possesso in b. f. ci indurrebbero in questa opinione, ma non si può con sicurezza affermare.

3.) Sicchè, in due parole, il risultato delle fatte osservazioni può assommarsi in questo che, da una

(105) Sull' antichità del possesso di b. f. abbiamo accennato dei testi antecedentemente, alla nota 84. Del resto se, come pare, la usucapione fu introdotta appunto in difesa del possesso di b. f.; la Publiciana, che in fondo ne è la forza attiva, indubitatamente fin dalla origine ha dovuto garantire quell'istituto giuridico. D'altra parte va notato che anche la semplice tradizione delle *res mancipi* era conosciuta in tempo antichissimo. Nella legge delle XII tavole infatti si permette per eccezione la usucapione delle cose *mancipi* della donna, sotto la tutela degli agnati, quando fossero date in tradizione *tutore auctore* (Cfr. APPLETON *Histoire* etc. I. p. 44).

In quanto alla considerazione, che rende il possesso di b. f. più degno di difesa che l'*in bonis*, giustamente nota l'APPLETON che, mentre lo stato di dominio bonitario è conseguito per volontà propria, l' altro invece è affatto indipendente da quella. Chi compra una *res mancipi* colla semplice tradizione *sibi imputet*; ma nulla di simile può rimproverarsi al possessore di b. f., il quale, come vedremo meglio quando ci occuperemo *ex professo* di questo requisito, ha perfettamente compiuto quanto era in lui perchè tutto nell'acquisto fosse secondo i precetti della legge.

parte tutto ci induce a ritenere che tanto la *possessio bonae fidei* quanto l'*in bonis habere* fossero tutelati dalla Publiciana, dall'altra poi nulla ci autorizza a stabilire che per l'uno piuttosto che per l'altro istituto l'azione fosse introdotta. *Rebus sic stantibus*, a me pare molto verosimile il credere che fin dalla origine la sua efficacia si estendesse a tutti e due. Neanche ciò può provarsi sicuramente, ma è l'ipotesi che meglio coordina e spiega qnanto noi conosciamo su tale argomento. L'indizio più importante, a questo riguardo, sta nella stessa natura generica dell'editto, quale l'abbiamo innanzi accettato. (106).

Del resto l'*in bonis* e la *possessio bonae fidei* hanno molti punti di contatto tra loro. Tuttavia su questo terreno non mi pare si possa correre tanto avanti. L'Ap-

---

(106) È il concetto di b. f. quello che, secondo me, forma la base della innovazione pretoria. Il vero punto di distacco tra la Publ. e la R. V. sta in ciò che, mentre l'ultima difende un diritto per sua natura obbiettivamente assoluto, l'altra invece riflette essenzialmente il rapporto tra le parti. Donde il carattere di relatività, il quale importa che si ceda di fronte ad un diritto maggiore. Per questo l'az. Publ. non è veramente diretta nè al possesso nè alla proprietà, ma più simile alla R. V. che ad un'azione possessoria.

La proprietà infatti subbiettivamente non è che un possesso di b. f.

Una conferma dell'importanza del requisito della b. f. in tale disamina sta in ciò che esso è l'unico, il quale non sia stato contrastato. Cfr. le giuste osservazioni dello Pfersche nel suo lavoro: *Privatrechtliche Abhandlungen*-Erlangen 1886 a pag. 107 seg.

PLETON nel suo recente libro riduce il possesso di b. f. ad una forma di proprietà bonitaria, in cui il carattere di relatività sia estremamente accentuato, e identifica l'*in bonis* col diritto difeso dalla Publiciana. Senza entrare nello esame minuto delle sue argomentazioni, egli fa risaltare la circostanza delle oscillazioni nel linguag- dei testi, per cui l'*in bonis* è chiamato possesso di b. f. e viceversa (107). Ma, prescindendo che una tale confusione di nomenclatura non proverebbe altro, in fondo, che in origine non era ben fissato il linguaggio tecnico per due istituti cotanto affini, in ogni caso non spiega perchè debba ridursi il possesso di b. f. sotto il genere della proprietà bonitaria, piuttosto che l' inverso.

La maggiore antichità del possesso di b. f. e l'essersi per esso introdotta l'usucapione farebbe, da questo punto di vista, propendere invece per il sistema inverso a quello dell'APPLETON.

4). Ma nè l'una nè l'altra delle affermazioni è per avventura giusta.

Quello che ci è di vero in tutte e due consiste

---

(107) Nel primo senso Cfr. L. 136 D. 50. 17 e L. 190 eod. Nel secondo L. 49 D. 50. 16; L. 52 D. 41. 1. Cfr. APPLETON - *Histoire* p. 18 seg., 45 seg. e PELLAT o. c. p. 439.

Sulla legge 49 il DERNBURG, nelle sue *Pandette*, nota giustamente che tale confusione di linguaggio dopo tutto non prova che la poca chiarezza del frammento; che egualmente altrove, anche pel superficiario, si usa l'espressione *in bonis*.

in ciò che in origine molto probabilmente i due istituti non erano molto distinti, ma, procedendo nello sviluppo, le loro caratteristische divennero sempre più marcate, sino ad arrivare alla perfetta esatta terminologia del diritto giustinianeo, ove fu possibile abolire l' *in bonis* senza per questo toccare la *possessio bonae fidei*, la cui importanza crebbe anzi sempre di più (108).

Se in realtà la seconda fosse una forma della prima, non sarebbe più vero che in dr. giustinianeo la proprietà bonitaria venne abolita; d' altra parte, o alla teoria dell' Appleton si dà questo senso rigoroso, o essa si riduce a un modo di dire per notare la grande analogia che passa tra i due diritti, cosa che è stata da tutti riconosciuta e che, come tutti i concetti relativi, ha valore fino a un certo punto. Pur ammettendo infatti tale analogia, non si può a meno di riconoscere la profonda differenza che corre tra loro, comparandoli al diritto del pieno proprietario, specialmente

---

(108) Lo stesso Appleton, in questa unificazione dei due istituti sotto l' unico concetto della proprietà pretoria, è titubante. Ove infatti parla espressamente della quistione di origine riconosce le ragioni di preferenza alla difesa che il possesso di b. f. avea sull' *in bonis* (cfr. o. c. p. 45 sgg.), anzi addirittura quivi parla dei due istituti come cose essenzialmente distinte. La stessa titubanza si riscontra qua e là nel corso dell' opera.

dal punto di vista dell' origine (109). Il fatto che il possessore di b. f. ha per suo autore un *non dominus,* mentre il proprietario bonitario ha il *dominus,* mostra chiaro che diverso debba essere il contenuto e diversa la portata dei rispettivi diritti. La impossibilità di trasferire un diritto maggiore di quello che si ha induce la necessaria soggezione del possessore di b. f. di fronte al proprietario; nè l' elemento subbiettivo, che costituisce tutta la forza di tale rapporto, può colmare la distanza che lo separa da chi deriva il suo diritto dal vero *dominus,* gli effetti del quale trasferimento sono in parte infirmati per ragioni estrinseche all' elemento della volontà, che è senza dubbio l' essenziale nel passaggio del dominio.

Se è lecito esprimerci in questo modo, il possessore di b. f. è un proprietario putativo; il domino bonitario invece un proprietario imperfetto, di second'ordine, per ragioni formali. Tant' è vero che, scomparse queste, il domino bonitario diviene senz' altro proprietario vero e perfetto, mentre il possessore di b. f. resta sempre una immagine di esso. Posta pertanto

(109) Cfr. Ribereau o. c.

Alcuni, come nota il Pellat, han voluto trovare una differenza per l' applicazione della Publ., nei due casi di *possessio bonae fidei* e di proprietà bonitaria, in questo che nel primo essa è diretta contro il terzo, mentre nel secondo contro il domino quiritario. Ma tale distinzione, come è chiaro, non regge.

la quistione nei termini precisi del Denburg, se cioè il possesso di b. f. debba associarsi alla proprietà od invece considerarsi come un diritto sulla cosa altrui, io non esito con l'illustre scrittore a seguire la seconda opinione. Il contrario invece per l'*in bonis*.

Analogia dunque quanto si vuole, ma non riassunzione in un unico istituto; però la stretta analogia, insieme alle altre ragioni dette, rende verosimile che unico fosse il mezzo di difesa accordato ai due rapporti, e questo propriamente la Publiciana.

## § IV.

### *La finzione.*

Il *nondum usucaptum* imposto come una condizione nell' editto, la dizione della formula riportata da Gaio e la sua espressa testimonianza, il linguaggio di Giustiniano nelle Istituzioni, tutto ci obbliga a ritenere che la nostra azione fu introdotta come fittizia, sulla base appunto della finzione di usucapione (110).

---

(110) Il Gimmerthal nel suo libro citato va troppo in là nel combattere l' eccessivo valore, che si è voluto dare a questa finzione. Egli arriva a dire (§ 15) che, se Gaio classifica l'azione tra le fittizie, la ragione consiste nel sistema da lui seguito, ma non si può, in mancanza di altre testimonianze, concludere da questo che la *ficta usucapio* stia a base dell' azione. Non occorre fermarsi a far rilevare l' esagerazione del Gimmerthal. Pur ri-

Ciò è indiscutibile, ma la discussione nasce sul punto di determinare l'estensione e la forza di questa finzione. In altri termini fu questa sempre richiesta in tutti i casi di applicazione, in tutti gli stadi dello sviluppo dell'istituto, o, pur rimanendo sempre la regola generale, la assoluta necessità di essa ha solo un significato storico?

Ci basterà, per risolvere un tale quesito, guardare sotto due aspetti le precise testimonianze dei testi.

1.) È egli accordata la Publ. dalle fonti in casi nei quali non può al certo parlarsi di usucapione? La L. 12 § 2 h. t. di Paolo parla chiaro: *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est.* Indipendentemente dall'antinomia di questo testo coll'altro della L. 9 § 5 eod. di Ulpiano, di cui ci occuperemo a suo luogo, (111) la presenza di questa legge nel titolo è di un valore incontestabile.

---

conoscendo, come faremo noi, che l'opera della giurisprudenza allargò la Publ. anche al di là dei limiti che la finzione anzidetta non consentisse, non si può negare che tale fu la sua origine, e tale la sua ordinaria e regolare fisonomia in ogni tempo.

(111) Si sono proposti vari mezzi di conciliazione; noi accettiamo la distinzione tra le cose inusucapibili *propter vitium rei*, e quelle tali per un riguardo estrinseco. Le prime per loro natura (p. e. *res furtivae*) non possono passare nel dominio di altri, e quindi non sarebbe giusto proteggere un quasi-dominio, che si ridurrebbe ad un dominio di fatto. Le seconde

Si è concordi nel ritenere che nell' *in aliis praediis*, frase probabilmente dei compilatori (112), si alluda ai fondi provinciali, sicchè da tale paragrafo risulterebbe l' applicabilità della Publiciana agli *agri vectigales* e ai *fondi provinciali*. Dal seguente § 3 risulta per gli *edifici superficiari*, ed egualmente (L. 11 § 1 h. t.) per l'*usufrutto* e per le *servitù prediali* (113). In tutti questi casi la Publiciana adunque non rappresentava più la garenzia di un diritto di proprietà prossimo a maturarsi, ma di un diritto analogo, che resterà sempre tale. La cosa sarà eternamente *nondum usucapta*, perchè inusucapibile.

2.) Quando l'obbietto, per cui si esperisce l' azione, è usucapibile, è sempre richiesto dalle fonti che esso sia stato nel possesso reale dell'attore? In origine nessun dubbio; il passo delle Istituzioni, ove Giustiniano ci spiega la ragione che mosse il preto-

---

invece (p. e. *fondi provinciali)*, mentre per ragioni di ordine pubblico o simili debbono restare sempre nel dominio dello stesso proprietario, sono commerciabili solo dal lato del quasi-dominio, il quale appunto protegge la Publiciana.

La L. 9 § 5 è la seguente: *Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.*

(112) Cfr. L. 1. pr. D. (7. 4) ove dai Fr. Vaticani si rileva che in origine si trovavano menzionati i fondi *tributari* e *stipendiari*, due specie di fondi provinciali (Gaio *Inst.* II. 21). Egualmente forse era qui.

(113) Le formule doveano naturalmente essere in generale redatte sulla base di una diversa finzione.

re, lo prova in modo indiscutibile. Ma alcuni testi ci inducono ad una diversa conclusione per il tempo successivo; riservandoci a suo luogo un esame più minuto di essi, qui ci contentiamo di accennare alle risultanze. Per quanto la quistione si faccia anche a proposito di altri (114), i fondamentali sono quattro. Tre sono riportati dall' APPLETON al Cap. VIII del Vol. 1. Il primo (L. 9 § 6) riguarda il caso dell'acquisto fatto dal servo ereditario durante la giacenza della eredità, la quale non può possedere. Il secondo (L. 11 § 2) quello del parto dell'ancella furtiva, concepito ma non partorito presso il possessore di b. f. e quindi da lui non posseduto. Il terzo (L. 15) quello dell'acquisto fatto dal servo fuggitivo, per mezzo di cui, secondo i Proculeiani, non si poteva *possessionem nancisci*. Tutte e tre parlano abbastanza chiaro, e lo stesso DERNBURG, che ritiene necessario il requisito del possesso, dichiara il primo ed il terzo caso essere due

(114) Si citano anche:

L. 1 § 2 a proposito del legato, ma si può spiegare col possesso.

L. 7 pr., ove si annovera tra le *iustae causae* la aggiudicazione, ma, come osserva il DERNBURG, questo non basta per concludere che in tale ipotesi non fosse necessario l' acquisto del possesso.

Dire che l'aggiudicazione forma un giusto titolo non vuol dire che basta senz'altro.

L. 7 § 12; non riguarda la quistione del possesso, ma la successione nel dr. dell'autore.

eccezioni. Ma non basta dire che sono eccezioni; due eccezioni di tal natura, che colpiscono una parte così sostanziale della teoria e sono consacrate proprio nel luogo ove di questa espressamente si tratta, sono più che sufficienti per indurci a modificare la teoria stessa. Un ultimo testo da tenersi presente è la L. 12 § 1 (115), dove si accenna alla *restitutio ex Trebelliano Sen.*, la quale nulla ci autorizza a spiegare con un presupposto possesso del testatore. Ciò significherebbe risolvere la quistione con la quistione, perchè un possesso in persona propria od in persona dell'autore vale perfettamente lo stesso.

Per le quali ragioni è lecito affermare che, grazie alla libera interpetrazione del concetto informatore della Publiciana, questa venne in progresso di tempo concessa anche in casi, in cui giammai l'attore aveva posseduto la cosa. Mancando il possesso non era mai possibile pertanto l'usucapione, nè quindi una finzione, che valesse a considerare come compiutamente trascorso questo tempo, in simile ipotesi indefinito. Ritorniamo così per altra via alla stessa posizione di fatto esaminata nel numero precedente.

3.) La conchiusione, che si trae da quanto sommariamente siamo venuti in questo paragrafo esponendo,

---

(115) Cfr. per i testi e per maggiori spiegazioni la parte esegetica di questo lavoro.

mi pare ineluttabile. Dire che l'azione Publiciana è un' azione fittizia è giusto. Dire che è basata sulla finzione di una compiuta usucapione durante il trascorso dello *statutum tempus*, nel senso che in tal guisa essa venne a formar parte del diritto pretorio, è anche la verità. Dire che pur nel suo successivo sviluppo tale fu la sua forma ordinaria e regolare, risponde egualmente al vero. Ma asserire in un modo assoluto che la finzione di usucapione è la base giuridica della Publiciana, nel senso che quella si riscontri e debba riscontrarsi sempre ed in ogni caso di pratica applicazione, è prescindere dalla testimonianza esplicita delle fonti.

## § V.

### *Forme dell' azione.*

1.) Il diritto di proprietà è difeso dalla *rei vindicatio*, quando è già acquisito all'attore. Ma tra i diversi modi di acquisto ve ne ha uno (*usucapio*), il quale, avendo bisogno, per compiersi, di uno spazio di tempo relativamente lungo, ci presenta chi perviene al dominio per via di esso, durante tale periodo, provvisto di un diritto ogni giorno più prossimo a quello di proprietà; costui è degno di esser difeso contro ogni persona, la quale vanti un vincolo giuridicamente

meno forte colla cosa. A tale necessità si provvide appunto colla creazione della Publiciana; questa pertanto, nella sua forma originaria, non è altro che la forza attiva del diritto di usucapione, per sè stessa stato passivo. Sorto il concetto del quasi-dominio, prima colla usucapione si afferma il diritto di trasformarlo in dominio trascorso lo *statutum tempus*, poscia colla Publiciana quello di arrivare a tale trasformazione contro gli impedimenti interposti da chi ha minori ragioni sull' appartenenza della cosa. Questo lo sviluppo logico, basato sulla valutazione del più e del meno, perfettamente consona a giustizia. Ma noi abbiamo visto che si accordò la Publiciana anche in casi in cui non era possibile usucapione. Quì essa dunque non garantiva più il diritto ad usucapire, ma quello a mantenere quel quasi-dominio, che conduce ordinariamente alla proprietà; era un passo più avanti sulla stessa via. Inoltre è accordata la nostra azione anche mancando il possesso. In simili casi la Publiciana protegge il dritto ad acquistare quello stato di fatto che, dietro un certo tempo, fa nascere il dominio; ancora un passo. Sicchè la Publiciana, nei rapporti del diritto di proprietà, riuscì a proteggere lo stato di quasi-dominio nel modo più completo possibile, e per acquistarlo cioè e per mantenerlo, o che potesse o che non potesse trasformarsi in piena proprietà. Essa può difendere anche il vero proprietario, quando costui preferisca far valere

in giudizio solo quei fatti, che valgono a caratterizzarlo come avente diritto alla Publiciana. Tale l'estensione che ha la forma della Publiciana da noi chiamata *vindicatoria*, in analogia della *rei vindicatio*, di cui costituisce il naturale complemento (116).

2.) Ma la Publiciana, l'abbiamo visto, non si limitò a difendere chi si trovava in uno stato analogo al proprietario; essa si applicò anche in materia di servitù. La L. 11 § 1 già citata parla di Publiciana tanto a difesa dell'usufrutto che delle servitù prediali. Il fondamento dell'estensione alle servitù deve ritrovarsi (117) nella possibilità in diritto antico, almeno in parte, di applicare ad esse la usucapione. Questo originario fon-

---

(116) In ultima analisi abbiamo notato come la differenza tra le due azioni si riducesse in pratica a una questione di prova.

Così è che esse si intrecciarono sempre più, e i loro rapporti divennero sempre più complessi, come si vede nel diritto comune medioevale.

In diritto moderno si risentono gli effetti di tale confusione. (Cfr. HUSCHKE o. c. p. 120 segg.; APPLETON o. c. II, cap. XXVII e XXVIII). In diritto francese sono discordi gli autori sul punto di ammettere o meno la Publiciana sotto l'impero della odierna legislazione. Noi crediamo che, sebbene non si possa parlare di essa quale azione distinta dalla revindica, tuttavia questa spesso si riduce in sostanza al tipo del famoso istituto pretorio. È nostra intenzione di trattare separatamente quanto prima questo problema, a complemento del presente studio; ivi cercheremo di mostrare come il concetto suespresso sia la conseguenza naturale dell'evoluzione storica subita, dopo GIUSTINIANO, dall'azione di proprietà.

(117) Cfr. APPLETON o. c. I p. 110.

damento dell'azione permise che la si estendesse a tutti quei diritti reali, che si incontravano su quel terreno; così per l'enfiteusi e per la superficie (L. 12 §§ 2 e 3 h. t.), la natura dei quali istituti ci induce però a riaccostare il tipo della Publiciana, ad essi applicabile, piuttosto alla forma vindicatoria innanzi esaminata. La storia dell'enfiteusi prova infatti come il dritto dell'enfiteuta si è andato sempre più avvicinando al tipo proprietà.

Come per la proprietà, così per le servitù la Publiciana si applicava tanto al caso di una costituzione fatta *a domino* irregolarmente, quanto a quello di una fatta *a non domino*. (118).

3.) Risulta dai numeri antecedenti come la Publiciana, dal punto di vista del diritto difeso, potesse dividersi in due specie, secondo che quello faceva capo al tipo proprietà o al tipo servitù. Ora guardiamo la funzione dell'azione sotto un altro aspetto, quello cioè dello scopo cui si mira nell'intentarla. A tale riguardo sappiamo come in generale esso si riduca a guarentire lo stato di usucapione, fingendolo completamente trascorso ed accordandogli quindi quella forza, che solo dietro il verificarsi di

(118) Veramente i testi citati pare si riferiscano alla ipotesi di una costituzione *a domino*, ma non si oppongono ad una più larga interpetrazione, cui l' analogia e la logica ci inducono. In ciò è concorde la maggioranza degli scrittori.

tale condizione gli accorderebbe il diritto civile. Quì dunque la Publiciana mira a dar valore ad una usucapione tuttora pendente; ebbene si sostiene che, nel senso inverso, essa possa tendere ad inficiare una usucapione già compiuta, donde il nome, che a questa forma di Publiciana si dà, di *rescissoria*. Questa avrebbe lo scopo di far riavere la cosa all' antico possessore Publiciano, contro il presente proprietario per usucapione, fingendo non avvenuta la usucapione stessa. Il luogo più interessante delle fonti a tale riguardo è quello, dove Giustiniano nelle Instituzioni parla della Publiciana (IV. 6). Ivi al § 3, dopo aver detto che oltre le azioni civili ci sono quelle di origine pretoria, parlando di queste, si prosegue: *Ecce plerumque ita permittit* (sc. *praetor*) *in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usu cepisse, quod usu non ceperit*, VEL EX DIVERSO POSSESSOR DICERET ADVERSARIUM SUUM USU NON CEPISSE QUOD USU CEPERIT.

E più giù al § 5, dopo avere nel § 4 spiegata la funzione della ordinaria Publiciana basata sulla finzione di compiuta usucapione, si legge: *Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset usu ceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam esse*

*rem, quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet.*

Ora tra questi due testi si è voluta vedere un'antinomia, poichè, mentre al § 3 è il *possessor* ossia il convenuto in cui favore si rescinde, nel § 5 invece la rescissione è accordata in pro dell'attore. Delle proposte tendenti a modificare il § 3 (119) non parendomi alcuna accettabile, bisogna ragionare in base ai testi come li ho riportati. Ebbene, guardandoli senza preconcetti, non è difficile forse pervenire ad una soluzione soddisfacente. Nel § 3, dopo aver esposto come si possa con la Publ. ricuperare il perduto possesso prendendo

(119) Si è voluto scrivere *possessorem* invece di *possessor*, riferendolo ad *adversarium*. Ma, se non basta l'autorita dei più antichi mss per far respingere questa variante, ci si vorrà concedere almeno che la sintassi non lo consente: *vel ex diverso* POSSESSOREM *diceret* ADVERSARIUM SUUM *usu* etc.! (Cfr. l'art. di CUQ Revue générale 1886 - *Edit Publ.* p. 631 sgg.). Le osservazioni, che l'APPLETON nel suo libro fa contro la tesi del CUQ, non valgono a sostenere la forma *possessorem*, tanto che egli stesso finisce col conchiudere che *possessor* è stato interpolato dall'amanuense, credendo che l'*ex diverso* accennasse ad una opposizione tra attore e convenuto. Che ciò fosse possibile non può negarsi, ma il testo si può spiegare come si trova senza ricorrere a tale ipotesi.

Il concetto di SCHULIN che qui *possessor* accenni al possessore antico, anteriore alla avvenuta usucapione, non è neppure discutibile. Esso si ricollega però alla sua teoria, sulla efficacia della Publiciana, di cui si occuperemo più avanti.

la parte di attore; si fa vedere come nel caso inverso, quando questo possesso sia per una qualsiasi ragione a noi tornato, si possa respingere l'azione in revindica di chi ha usucapito nel frattempo la cosa, nei limiti della possibilità di una *in integrum restitutio*, con una eccezione fondata appunto su tale *restitutio*. La opposizione sta, oltre che nelle qualità di attore e di convenuto, nello scopo opposto cui la difesa mira, una volta cioè a dar vita ad una usucapione tuttora pendente, ed un'altra a distruggere una usucapione compiuta.

Al § 5 invece l'opposizione consiste tutta nella diversità dello scopo, giacchè chi se ne giova è sempre considerato nella ipotesi di attore. Nè ciò è in contrasto col § 3; nulla ci obbliga a ritenere i §§ 4 e 5 come lo sviluppo delle due parti del § 3; all'incontro la frase *rursus ex diverso* (con cui comincia il § 5, e nella quale *rursus* vale *di nuovo* e non *al contrario*, perchè altrimenti sarebbe inutile l'*ex diverso* che segue) sta a provare che si intendeva di presentare l'opposizione sotto un aspetto diverso. Nel § 3 il possesso Publiciano è conservato per via di una eccezione, nel § 5 è ricuperato per via di un' azione. La eccezione del § 3 si riduce ad una *replicatio* alla *exceptio iusti dominii* opposta da chi ha, durante l'assenza, usucapito; l'azione del § 5 è la ordinaria Publiciana, la quale è possibile in seguito alla *in integrum re-*

*stitutio*, che ripone l'attore nella posizione in cui si sarebbe trovato se l'usucapione del convenuto non si fosse punto avverata. Nel caso della eccezione, si ottiene anche una *in integrum restitutio* col far respingere la *exceptio iusti domini* dalla *replicatio* del convenuto; l'*exceptio iusti dominii* infatti sappiamo che è data solo *causa cognita*, come ci dice espressamente la L. 57 D. 17. 1. (120). Non si ha da fare dunque menomamente con una Publiciana diversa dalla normale; è sempre la medesima, solo muta la finalità di essa, che invece di esser diretta a rafforzare una usucapione tuttora pendente, mira invece ad annullare gli effetti di una già compiuta. Sempre a conferma di una tale interpetrazione, data alla funzione rescissoria della Publiciana, sta la L. 35 pr. D. (44. 7), la quale annovera la Publ. tra le azioni pretorie perpetue in linea ordinaria, e poi soggiunge: *sed, cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur*. Questo frammento dice chiaro che non si tratta di una Publiciana, la quale rescinda per sè stessa l'usucapione, ma della ordinaria Publiciana concessa in seguito alla rescissione della usucapione. E,

---

(120) Cfr. la parte esegetica al comento delle leggi XVI e XVII. Spesso dunque si poteva raggiungere lo scopo rifiutando l'*exceptio iusti dominii*, ma evidentemente ci era anche l'altro mezzo di respingerla con una *replicatio*, ed è a questo che allude senza dubbio il § 3 delle Ist.

poichè i testi citati sono tutti quelli intorno a cui si dibatte la quistione in esame, se cioè si abbia o no a fare con una speciale azione chiamata *Publiciana rescissoria* diversa dalla ordinaria, mi pare che la dimostrazione sia completa. In seguito a quanto abbiamo detto si capisce come non possiamo accettare la teoria del Cuq, esposta nella introduzione a questo lavoro; la *exceptio* cui si allude al § 3 non è necessario ritenere che fosse consacrata nell'editto Publiciano. Così respingiamo anche la teoria dello Huschke, il quale sostiene esistesse una *Publiciana rescissoria* come tipo speciale nella ipotesi di assenza *reipublicae causa* o per cattività *apud hostes*. A prescindere che non sarebbe giustificata tale restrizione (121), resta sempre incomprensibile come mai lo stesso nome potesse accordarsi a due azioni fondate su basi inverse l'una dell'altra.

Gli altri autori (122), con piccole differenze, accettano tutti più o meno il concetto che la Publ. cosidetta rescissoria non sia diversa, nella sostanza, dalla ordinaria; l'azione che rescinde la *usucapio*, di cui si parla nel § 5, è in ogni caso una *rei vindicatio*,

---

(121) Veramente il § 5 va esteso anche alle altre cause di assenza; lo prova la fine: *quod genus actionis et aliis quibusdam* etc. Qui si accenna solo a due, probabilmente perchè erano quelle menzionate nell'editto (L. 1. D. 4. 6) Cfr. Appleton o. c. 234 n. 17.

(122) Cfr. Appleton o. c. Cap. XIX.

ma alla possibilità della Publ. in simile ipotesi bastano i due mezzi o del rifiuto della *exceptio iusti dominii* o della concessione di un' adeguata *replicatio* o, *en désespoir de cause*, l'*extraordinaria cognitio* del pretore, il quale, senza rimandare la quistione con una formula al giudice, poteva egli direttamente giudicare secondo equità.

4.) Abbiamo dunque visto che in fondo le due azioni Publiciana ordinaria e rescissoria sono due applicazioni della medesima, quella consacrata nell' editto, differenti solo pel risultato cui riescono, di consolidare cioè o di distruggere l'efficacia della usucapione. Di questa stessa opinione è anche lo Schulin, ma egli costruisce su questa base una teoria che non è per avventura accettabile, almeno nella sua totalità. Egli parte dal concetto che a fondamento della Publ. non stia un diritto, ma l'insieme di determinate circostanze di fatto, le quali meritino per sè stesse tutela. Ora il pretore avea due mezzi per accordar protezione in simili casi, o cioè servendosi di un'azione concepita in fatto o di un' azione fittizia. La seconda via era preferibile alla prima quando l'enumerazione delle condizioni presupposte per la tutela fosse troppo lunga, come appunto nella nostra ipotesi. Tali condizioni per la Publiciana sarebbero:

*a)* acquisto del possesso

*b)* fondato sopra un giusto titolo.

*c)* buona fede al momento dell'acquisto.

*d)* usucapibilità della cosa.

Una volta riunite queste condizioni di fatto nella persona di alcuno, potevano da esse originarsi dei diritti (p. e. dopo un certo tempo poteva usucapirsi la proprietà), i quali aveano a propria difesa particolari azioni. Questi dritti acquistati potevano in prosieguo perdersi (p. e. per alienazione), oppure acquistarsi da altri (p. e. perduto il possesso, la cosa poteva usucapirsi da un estraneo); ma tutto ciò non influiva punto sulla possibilità, per ciascuna di tale ipotesi, della *actio Publiciana* in persona del primitivo possessore. Essa inoltre, in tale largo concetto dello Schulin, si applica a tutti quei casi, in cui nei testi si parla di *utilis actio in rem.*

Questa, in due parole, la teoria da Schulin esposta, bisogna dirlo, con rara abilità nel libro da noi altrove citato (Cfr. n. 2).

La tesi di Schulin fu combattuta specialmente dallo Huschke nella sua monografia e dallo Jess in un articolo inserito nei Jahrbücher für die Dogmatik etc. *XIV* Band, Neue Folge II Band. Alla critica di Huschke rispose Schulin nel vol. 18° della Kritische Vierteljahresschrift. Recentemente l'Appleton ha ripreso nel suo lavoro il concetto di Schulin, cercando di fortificarlo nelle sue basi contro gli attacchi ricevuti, la validità di alcuni dei quali non può a meno di rico-

noscere. Non è nostra intenzione di esporre lo svolgimento di questa dotta polemica, al quale scopo sarebbe necessario un intero libro, poichè la discussione si allarga su tutto il campo delle azioni reali, ma ci limiteremo solo a qualche breve osservazione per giustificare come noi crediamo di non poter accogliere il sistema.

In astratto, ogni azione presupponendo un diritto, di cui è in certo modo l' elemento dinamico, non è lecito dire che la Publ. difende un complesso di fatti giuridici, indipendentemente dai diritti che possono derivarne. Un fatto intanto ha forza giuridica, in quanto produce degli effetti, cui il diritto riconosce valore. Questo valore costituisce appunto la natura del diritto, che nasce dal fatto, presupposto ed origine di quello. Ora ogni diritto per esistere, in pratica, deve avere un mezzo di difesa, ciò che dicesi appunto l'azione *lato sensu*, la quale perciò direttamente tutela il diritto e indirettamente il fatto da cui questo origina. Scomparendo il fatto, cessa il diritto e quindi anche l' azione, ma questa cessa pure quande al fatto stesso non si riconosca più per qualsiasi ragione il primitivo valore giuridico. Il modo più naturale perchè quest' ultima ipotesi si verifichi è quello che dallo stesso fatto o da fatti connessi si siano originati altri diritti, i quali non possano coesistere coll'antico e che non possano da questo venir infirmati. È il caso p. e.

della cosa da me posseduta in b. f. e quindi usucapita da un altro, prima che potessi farlo io. Il mio anteriore possesso non potrà produrre alcun effetto giuridico contro il nuovo proprietario, a meno che la sua usucapione abbia tali difetti che io possa annullarne le conseguenze. In tale ultima ipotesi la Publiciana, che io sperimento contro di lui, è subordinata a questa restituzione in intiero.

In concreto; prendiamo uno dei casi nei quali si applica la teoria, p. e. quello della L. 57 D. *Mandati* 17. 1 già innanzi citata (123), che l'Appleton esamina al cap. XX vol. II sotto questo punto di vista. Ora, egli dice, poco importa che alla *causae cognitio,* per cui si respinge la *exceptio iusti dominii* del convenuto, si dia il nome di restituzione in intiero; il fatto è che l'eccezione del convenuto non ha la forza di vincere il diritto dell' attore. Ecco pertanto, egli soggiunge, la prova che la Publ. sussiste in favore di chi ne ha una volta riunite le condizioni, anche quando la cosa sia stata usucapita da un terzo, dopo che l'attore ne

(123) Ecco il testo: *Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. quoniam tamen heredes errore lapsi, non animo furandi sed exsequendi quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.*

ha perduto il possesso. Eppure non mi pare. Se appunto per far valere la Publ. dell' attore è necessario che la *causae cognitio* importi la insussistenza della *exceptio* del convenuto, vuol dire che quest'ultima ha ben il valore in tesi generale ed astratta di inficiare l'azione, e solo quando per speciali circostanze, demandate all'apprezzamento del magistrato (*cognitio causae*), quella venga a perdere ogni efficacia, allora torna a valere l'azione, perchè le cose si rimettono in quello stato, in cui erano prima che avvenisse l'usucapione del terzo.

Lo stesso Appleton del resto fa alla sua spiegazione una seria difficoltà. Interpetrando la legge col principio che la Publiciana sussista tuttora, non ostante la avvenuta *usucapio* del convevuto, non si vede la ragione per cui questi debba sempre rimaner vinto. La finzione infatti, su cui si basa la Publiciana, importerebbe che l'attore avesse usucapito prima del convenuto, ma non potrebbe questi aver usucapito dopo di lui? Questa possibilità sarà anzi la realtà nella maggioranza dei casi, poichè in genere il tempo interceduto tra la perdita del possesso e lo sperimento dell' azione è in simile ipotesi ordinariamente molto lungo. La obbiezione è giustissima, e da essa risulta chiaro come l'efficacia della Publiciana dipenda quì solo dalla *in integrum restitutio*. Orbene a questo scoglio il dotto giurista francese cerca di sfug-

gire con una sua ipotesi; che cioè l' anno della finzione si abbia a contare *en arrière* dalla *litis contestatio*, e non in avanti dall' inizio reale del possesso. In questo modo evidentemente si elimina ogni difficoltà. giacchè l' ultimo a usucapire sarà sempre l' attore, ma è accettabile una tale soluzione? Che cosa ci autorizza ad ammettere una finzione così artificiosa, per cui si prescinde assolutamente, nel computo immaginario del possesso, da quello realmente esistito, in modo che, invece di compierlo, si verrebbe fittiziamente a crearlo intero? (124) E anche volendo ciò con-

---

(124) Le ragioni sulle quali l' APPLETON basa la sua opinione, che l'anno si debba contare dalla *litis contestatio* indietro, sono tutte come questa poco forti.

Così (n.° 45) si fonda sulla L. 12 § 5. h. t:

*Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.*

Qui, egli dice, ci deve essere una difficoltà nel computo dell'anno fittizio; altrimenti il giureconsulto non avrebbe menzionato il caso. Ora, se l'anno si contasse dalla presa di possesso, non vi sarebbe difficoltà di fingere che questo si fosse protratto oltre la vita del servo; ciò sarebbe avvenuto appunto se l'azione fosse stata più tardi intentata. Contando invece l'anno dalla *litis contestatio* indietro, si verrebbe a supporre un possesso anteriore alla nascita del servo, il che è assurdo; ebbene per questa peculiarità della finzione, nel caso, è che il pretore l'ha ricordato. Però le stesse parole del dotto giurista mi sembrano la dimostrazione del contrario. La specialità del caso consiste in ciò, che il possesso deve supporsi durato più della vita della cosa posseduta, ma non per questo siamo obbligati proprio a credere che il di più sia anteriore alla nascita del servo, ipotesi veramente inconcepibile; nell'altro computo invece il caso, pur non cessando di esser singolare perchè non si può possedere

cedersi nella ipotesi ordinaria, in cui nessun altra usucapione sia intervenuta, come è ammissibile quando la realtà del possesso di uno non può assolutamente conciliarsi con quello immaginario dell'altro? In altri termini, se nell'anno anteriore alla *litis contestatio* consta che abbia posseduto il proprietario attuale, come può fingersi che il possesso sia stato invece dell'attore, senza prima togliere ogni valore alla

---

cosa che non esiste, è però di una singolarità accettabile, inquanto la finzione è possibile nella realtà, potendo seguitare a vivere il servo.

Ma questi però non si può fingere vissuto prima di nascere; le finzioni devono essere ragionevoli.

Un secondo argomento lo trae (n.° 209) dal fatto che, venendosi a perdere la cosa dopo averla riacquistata magari con la Publiciana, in un momento però di mala fede, non si può più riavere colla Publiciana stessa.

Ciò si può spiegare, egli osserva, solo col sistema che la *litis contestatio* formi il punto di partenza dell'anno immaginario. Non mi pare, perchè anche con l'altro sistema si arriva allo stesso effetto, inquanto per la seconda Publ. il punto di partenza sarebbe il riacquisto (essendosi il primitivo possesso interrotto), e in quel momento si è per ipotesi in m. f.

Così inutilmente si cerca di trovare una conferma di tale teoria nella circostanza, che in caso di donazione sia richiesta la b. f. anche nella *litis contestatio*, secondo la L. 11 § 3 h. t. (Vedi n.° 182 n. 71 bis). Tale esigenza si spiega diversamente (Cfr. la parte esegetica, alla legge).

Nè più vale l' argomento tratto dal caso di vendita sotto condizione sospensiva (n.° 80 n. 8). Si intende che l'anno va contato dall'inizio del possesso utile, ossia dal momento in cui si verificò la condizione, anteriore a quello della *litis contestatio.* Basta quel solo momento, che si prolunga per finzione in un anno; non capisco la difficoltà.

usucapione del primo? Nulla pertanto ci fa sfuggire a quella conclusione, che abbiamo posta come principio, dipendere cioè ogni valore della Publiciana dalla *in integrum restitutio* e non da altro. L'espediente dell'Appleton non fa che girare la posizione.

Ora quello che abbiamo detto a proposito della L. 57 può ripetersi in generale per tutti i casi simili, in cui la Publiciana abbia dinanzi a sè un diritto maggiore acquisito sulla cosa; perchè possa riescire a bene, necessita che prima quest'ostacolo sia rimosso. La teoria pertanto dello Schulin, in astratto non accettabile, non resiste meglio alla critica nel caso concreto.

Tanto lo Schulin che l'Appleton sostengono pure, come abbiamo accennato, che la Publiciana sia la forma comune di tutte le *utiles in rem actiones*, le quali non è necessario considerarle come deroghe al principio fondamentale che solo al *dominus* competa l'*actio in rem*, deroghe suggerite da speciali considerazioni. (125). Ora, senza entrare nel det-

---

(125) Lo Schulin divide in 3 gruppi i casi da lui esaminati a tale riguardo.

I. — Casi di Publiciana concessa al primitivo proprietario contro il presente.

II. — Casi di Publiciana concessa dietro l'opera del rappresentante non diretto.

III. — Casi ove si hanno contemperati i due principi precedenti.

Recentemente si è pubblicato un pregevole libro del dott.

tagliato esame di ciascun caso, che del resto non è fatto completamente nè dallo SCHULIN nè dall'APPLETON, io non contesto in principio che ciò possa essere spesso vero. Ritengo anzi che la Publiciana abbia nella pratica il primo posto tra le azioni *in rem* e quindi sia giusto estenderla a tutte le specie possibili, ma non può affermarsi in modo assoluto che essa sia applicabile a *tutte* le *utiles vindicationes*. La tesi non è infatti dimostrata da nessuno dei due autori, che hanno impresa a sostenerla; essi non fanno che applicarla con maggiore o minor fortuna in alcune ipotesi speciali. Quanto del resto sia sicura una tale applicazione si rilevi da questo che, mentre lo SCHULIN pone, come sappiamo, tra le condizioni indispensabili per l'esercizio della Publiciana, l'acquisto del possesso; nei casi compresi nella II parte del suo lavoro questa condizione non è verificata, inquanto l'acquisto non è fatto nè dall'attore nè dal suo diretto rap-

---

BREZZO: *Rei vindicatio utilis* (Torino - Bocca - 1889), dove sono criticate e respinte le varie teorie sinora esistenti sull'argomento, e specialmente i tentativi di SCHULIN e di APPLELON, per ridurre queste azioni al tipo della Publiciana Noi, pur non convenendo coll'egregio autore su tutte le sue idee circa la Publiciana, siamo di accordo con lui nel respingere quella che fu chiamata « *die Publicianisirung* » delle *utiles vindicationes*, e nel ritenere che esse rappresentino eccezionali applicazioni della R. V. in base ad opportune finzioni, che valgono a supplire i requisiti di fatto manchevoli nel caso speciale.

presentante. Anche per tale considerazione adunque la teoria di SCHULIN non è accettabile.

5°) Abbiamo visto che l'azione Publiciana, tanto nella sua ordinaria funzione che in quella di rescissoria, è sempre la stessa.

Ora, per completare il quadro, sta a vedere se essa può agire come *negatoria*. Nessun testo esplicito al riguardo esiste, ma l'analogia ci induce ad ammetterlo, come tutti fanno. In fondo la *negatoria*, o usata dal proprietario o dal possessore di b. f., è sempre la stessa azione (126), perchè il suo fondamento non sta tanto nella natura del diritto dell'attore quanto nella prova del non diritto del convenuto. Vuol dire che lo svolgimento di tale prova varierà col variare del dr. dell'attore, ma la struttura tecnica delprocesso probatorio è sempre la medesima. L'APPLETON (o. c. n. 51) mostra come si veda la possibilità pratica di tale funzione della Publiciana, quando essa si applica a difesa di un diritto di servitù.

---

(126) Così il Pfr. SCIALOJA nelle sue *Lez. di Dr. Romano dettate nella R. Univ. di Roma nell'anno accademico 1885-86.*

## CAPITOLO III.

### La Publiciana in Diritto Giustinianeo.

### § I.

### *Requisiti.*

La sommaria rivista che abbiamo passata attraverso la evoluzione storica dell' istituto, che è oggetto del nostro studio, deve averci convinti che al tempo in cui furono compilate le Pandette, per opera delle continue mutazioni avvenute nel campo così economico che giuridico della società romana, molto la nostra azione avea acquistato in estensione e molto perduto in rigidità. Quell' innovamento che al pretore Publicio dovè parere, come era invero, ardito, onde si volle ristretto entro limiti rigorosi, a poco a poco si mostrò capace di sempre maggiore adattabilità; così, salvo il principio fondamentale, esso potè in ogni tempo rispondere alle pratiche esigenze. Quello pertanto che in questo capitolo con la massima brevità verremo dicendo non sarà che la conclusione diretta di ciò che abbiamo visto, rimandando alla parte esegetica maggiori dettagli; quivi l' esame di ciascun singolo frammento può meglio mostrare tutte le note diverse, da cui risultò il definitivo assetto dell' istituto.

Nè deve meravigliare la presenza di opinioni disparate e di contradittorie sentenze nello stesso testo di leggi; ciò è una naturale conseguenza dell'origine di quell'opera; il vero anche quì è nella misurata contemperanza di tutti i discordi elementi.

Ora, dovendo esporre la fisonomia giuridica di una *azione*, mi pare opportuno esaminarla sotto due aspetti, uno intrinseco (la sua struttura, o in altri termini i requisiti per la sua esistenza) l'altro estrinseco (la sfera di applicazione).

Cominciando dal primo, la nostra attenzione va riportata sui seguenti tre punti:

1.) *Acquisto del possesso per tradizione.*

Dalla lettera dell'editto Publiciano si è conchiuso che, per la possibilità dell'azione, fosse sempre necessario:

*a*) un possesso reale, sebbene brevissimo, un inizio di possesso vale a dire (127), altrimenti non si spiega il *nondum usucaptum.*

*b*) un possesso derivante da regolare tradizione - *id quod traditur* -

Che così fosse *ab initio* non può negarsi, e diventa tanto più verosimile se, come io credo insieme all'autorità di dotti giuristi, l'originario editto di Pu-

(127) L. 12 § 7. h. t:
*Sed etiam is qui momento possedit, recte hac actione experiretur.*

BLICIO era addirittura formulato per la *causa emptionis*. Che però così non si mantennero sempre le cose lo abbiamo già visto in parte.

Trattando della finzione abbiamo citato parecchi testi, che implicano casi di Publiciana ove, come è esplicitamente detto, non vi è ombra di possesso.

Se anche, a furia di sofismi, si riesce a ridurli ad uno solo, basta la presenza di esso nel titolo per obbligarci a tenerne conto nella costruzione della teorica generale. Inversamente vi sono dei casi, ove si ha un possesso reale, ma non originato da tradizione. Seguendo anche quì l'APPLETON (128) cito le LL. 6 D. h. t. e 9 § 1 D. eod. (129), la prima riferentesi all'ipotesi della *noxalis ductio*, la seconda a quella che la cosa si trovi già per alcuna ragione nelle mani del compratore. Inoltre la L. 18 § 15 D. (39. 9) riguardo alla *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine* (130). Da ciò risulta che, da una parte

(128) o. c. Vol. I. p. 231 segg.

(129) L. 6:

*Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi Publiciana.*

L. 9 § 1:

*Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.*

(130) L. 18 § 15:

. . . . . *si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit* . . . . . *Publicianam actionem habere potest.*

la condizione del possesso reale si assottigliò fino a quello in potenza contenuto nella tradizione stessa, dall'altra il requisito della tradizioue si intese in guisa così elastica da arrivare in certo modo a presupporlo dinanzi ad un possesso di fatto.

Resta pertanto fermo che i due requisiti non sono assolutamente richiesti tutti e due insieme, ma basta l'uno di essi per stabilire quella situazione di fatto, nel rapporto colla cosa, alla cui garanzia la Publiciana è diretta. É così che l'APPLETON (Cap. XIII) formula la sua teoria su questo punto; l'esistenza dell'una o dell'altra condizione stabilisce lo stato di fatto, cui il giusto titolo dà valore giuridico; come sarebbe troppo poco il semplice rapporto materiale colla cosa, parimenti deve ritenersi inefficace quel puro rapporto giuridico, che nasce dalla *iusta causa* come tale.

Ma a noi sembra di non poterci fermare quì; crediamo di dover invece arrivare sino alla teoria del WINDSCHEID, il quale ritiene che in tanto questo stato di fatto sia richiesto per la Publiciana, in quanto lo reclami la natura del titolo nella specie (131). *A*

---

(131) Ecco le parole di WINDSCHEID (*Pand.* I § 199):
« *Besitzerlangung ist Erforderniss des dem redlichen Erwerber gewährten Schutzes inso fern als die Besitzerlangung Bestandtheil der Erwerbthatsachen ist auf welcher sich beruft* ».
Cfr. VANGEROW I § 355; HUSCHKE p. 8, 19, 20, 25 etc. e

*priori*, quest' ultimo passo è la conseguenza logica dei precedenti. Una volta aperta la breccia nel sistema rigoroso dell'editto, non ci era ragione di fermarsi a mezza via; dopo aver assottigliato i requisiti della tradizione e del possesso fino a farli scomparire separatamente, perchè si avrebbe dovuto trovare un ostacolo nella ipotesi in cui il titolo di acquisto era tale, da guidare normalmente alla proprietà, senza bisogno di alcuna materiale apprensione dell'oggetto? Non era anzi necessario quest' ultimo passo per fare della Publiciana la generale difesa di coloro, che vantassero un titolo normalmente idoneo al passaggio della proprietà, insieme alla loro b. f.? L' APPLETON invero, per negare la possibilità di una simile estensione, cita la natura stessa della Publiciana, la quale, essendo diretta a garantire un *dominio di fatto*, non è concepibile astraendo da ogni elemento che al fatto si riferisca; ma io mi permetto di osservare che appunto quì è il nodo della quistione, se cioè sempre lo scopo dell' istituto fu quello della garanzia di un

---

così GOEPPERT, GOESCHEN, SCHULIN etc. citati dall'APPLETON vol. I p. 236 n. 16. Cfr. anche le citazioni del PELLAT p. 455 n. 4.

Il VANGEROW porta alla teorica la restrizione che l'autore di chi acquista sia stato in possesso; SCHMID arriva fino ad esigere in costui un *redlicher Erwerber*; HUSCHKE eccettua i casi di *mancipatio, cessio in jure* e legato *per vindicationem* (Cfr. APPLETON p. 236 n. 19); ma tutte queste limitazioni al sistema sono più o meno arbitrarie.

dominio di fatto, o se invece si estese più in là, sino a difendere ogni fatto originario di dominio; non è quindi possibile risolvere il quesito col quesito stesso.

Vediamo i due testi secondo me principali in tale controversia.

Prima la L. 1 § 2 D. h. t. (132). L'Appleton osserva che il condizionale *nancisceretur* si rapporta ad un ostacolo per l'acquisto, nel caso concreto; ora se quest'ostacolo, secondo i sostenitori della nostra opinione, nella ipotesi di un mezzo che trasferisce in linea generale direttamente il dominio, fosse la mancanza di proprietà nell'alienante, il giureconsulto avrebbe detto *nanctus esset,* perchè egli si pone al momento in cui la Publ. viene intentata, e rispetto a questo momento la possibilità dell'acquisto diretto è un passato. A tale obbiezione sintattica abbastanza debole si risponde con gli stessi argomenti da noi usati per sostenere il presente *traditur* nell'editto; rimandiamo quindi il lettore a quanto colà abbiamo scritto, trattandosi di un uso di tempi perfettamente simile. Ma vediamo il significato che il dotto giurista

---

(132) Ecco il testo di Ulpiano:

*Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multae sunt juris partes quibus dominium quis nancisceretur ? ut puta legatum* . . . . . . . . . . . . . . .

e alla L. 3, seguendo il senso, dopo un fr. di Paolo intercalato:

*Sunt et aliae pleraeque.*

francese dà per suo conto a questa forma verbale. L'ostacolo, secondo lui, non consisterebbe nella mancanza di proprietà nell'alienante, ma nella mancanza del decorso del tempo richiesto per usucapire; la frase andrebbe logicamente completata così: *en vertu desquelles on acquerait la propriété (quibus dominium quis nancisceretur) par usucapion, si l'on avait possédé assez longtemps.*

Ulpiano nella frase *traditionis dumtaxat et usucapionis*, dove il *dumtaxat* poggia tutto sulla parola *traditionis,* non accenna che a un unico modo di acquisto, cioè alla tradizione seguíta da usucapione tuttora pendente; quando per conseguenza parla di altre *iuris partes quibus* etc. intende di contrapporle alla *traditio*, come fondamento della usucapione, il qual carattere va esteso pertanto anche agli altri modi di acquisto cui egli accenna. Tale è il ragionamento dell'Appleton, che francamente non mi persuade. D'accordo con lui nel valore da accordarsi all'*et usucapionis* della frase di Ulpiano, non vedo come da ciò si debba conchiudere la influenza di tale concetto sugli altri modi menzionati dal giureconsulto, ed applicarlo anche ad essi. Al contrario, le parole quibus *dominium quis nancisceretur* ci inducono piuttosto alla conclusione opposta; il *quibus* dice chiaro che si parla di mezzi in virtù dei quali, e dei quali *soltanto*, senza

bisogno di altro, si acquista il dominio; ogni restrizione è puramente arbitraria. (133).

Passiamo alla L. 11 § 3 (134). Anche quì la lettera della legge dice chiaro che vi può essere Publiciana senza che vi sia stato alcun possesso; di tradizione non se ne può parlare; sicchè è una nuova conferma del sistema da noi accettato. L'APPLETON tuttavia sostiene che la tradizione della madre sia estesa anche al parto per gli effetti della usucapione di questo, purchè al tempo della concezione sussistano presso il compratore le due condizioni del possesso e della buona fede. Lasciando quì stare la controversia se il parto sia usucapito allo stesso titolo per cui fu acquistata la madre, cioè *pro emtore*, ed anzi ciò concesso; non si vede come si possa da questo inferire che la tradizione della madre sia valevole anche pel

---

(133) Si è notato da parecchi contradittori della teoria da noi accolta che, se essa fosse vera, basterebbe che alcuno legasse ad altri una cosa non sua, per poterla il legatario pretendere colla Publiciana da un possessore non domino. (Cfr. DERNBURG *Pand.* l. c.). La obbiezione non regge, perchè si intende che la *iusta causa* deve esser tale non solo in astratto, ma in concreto. Ora è lecito, nella ipotesi in esame, al convenuto dal legatario opporre a costui quelle eccezioni sulla validità del titolo, in base a cui si procede, che egli stesso o il suo autore avrebbe potuto opporre al testatore, ove questi avesse voluto sostenere il presunto diritto sulla cosa.

(134) *Partus ancillae furtivae, qui apud emtorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiam si ab eo qui emit possessus non est.*

parto, il quale intanto può usucapirsi, non ostante il divieto che sta per la madre, in quanto è considerato come cosa da quella distinta e per sè stante.

Lo stesso Appleton riconosce, in conseguenza di questa considerazione, che non è giusto, come alcuni fanno, estendere il possesso della madre al feto in essa concepito; come quindi ciò può ammettersi per la tradizione?

Pel possesso, materialmente almeno, vi sarebbe un fondo di vero, ma la tradizione è tanto dappresso legata colla cosa singola, che non è in alcun modo concepibile come, per una qualsiasi larga interpetrazione, quella della madre, avvenuta in epoca anteriore al concepimento, possa produrre i suoi effetti pel parto distaccato ed indipendente dalla madre stessa. Dato anche perciò che il parto sia usucapito *pro emptore*, la singolarità del caso non sta in questa pretesa estensione, ma nel fatto che per equità si considera come esistente un titolo, al quale manca la base.

È qualcosa dunque ancora più in là di quello che noi sosteniamo; non si tratta di possesso mancante, perchè non richiesto dalla natura del titolo, ma contro questa stessa natura. Nell'equità la ragione.

Tralasciando gli altri testi citati al proposito, i quali non hanno secondo noi molta influenza nel quesito, in conclusione riconosciamo coll'Appleton che in luogo della *traditio ex iusta causa* i giureconsulti si

contentarono di una qualunque presa di possesso *ex iuxta causa,* e che in luogo di una tradizione conferente il possesso giuridico ammisero anche quella sfornita di tale effetto; ed ancora più in là crediamo che e di ogni tradizione e di ogni possesso si poteva fare a meno, ove non costituissero essi una condizione per la validità del titolo; anzi talora, *aequitate suadente,* si arrivò sino a rinunciarvi, di fronte ad un genere di *causa* che li avrebbe richiesti. Non siamo dunque dinanzi ad un requisito essenziale.

2.) *Usucapibilità della cosa richiesta per mezzo della Publiciana.* — È questo un altro requisito, che ordinariamente si cita dagli scrittori. Noi abbiamo già visto altrove che la Publiciana era possibile, non ostante che di usucapione non si potesse parlare; come il precedente, non possiamo pertanto accettarlo qual requisito essenziale. Però, entro certi limiti, la impossibilità dell' usucapione induce la impossibilità della Publiciana, e ciò per tutti quei casi, in cui il divieto di usucapione è assoluto e si fonda su un vizio intrinseco alla cosa (furtività), o ha per fine di impedire ogni traslazione di dominio (così del fondo dotale e delle *res mancipi* della donna soggetta alla tutela degli agnati). Anche se per le due ultime ipotesi si accetta la teoria restrittiva (135) dello Huschke (Cfr.

(135) Lo Huschke ritiene che per il fondo dotale vi fosse il divieto di usucapione, solo rispetto a chi acquistava diretta-

Appleton o. c. cap. VI), nei termini di essa sta sempre fermo il nostro concetto.

Il requisito adunque che la cosa sia usucapibile ha anch'esso una importanza secondaria.

3.) *Giusto titolo e buona fede.* — Sulla natura di questi due concetti, sulla loro storia nella teoria della usucapione, e sul rapporto che intercede tra essi, la sottigliezza degli interpetri è arrivata alle ipotesi più disparate.

Per ciò che riguarda la quistione d'origine, io non sarei alieno dal dividere l' opinione di coloro, i quali tutti e due i concetti ricomprendono in quello unico della *iusta causa.* Come osserva l' Appleton (o. c. cap. XV), dato lo spirito pratico dei Romani, questo requisito consisteva dapprima nel riconoscere in un modo generico se, considerate le circostanze del caso, fosse giusto permettere che il possessore usucapisse. Era un apprezzamento di equità mutevole col mutare delle circostanze, dove si teneva conto senza distinzione così dei fatti preesistenti e concomitanti all'acquisto (elemento obbiettivo), come dell'apprezzamento dato ad essi dalle parti (elemento subiettivo). Lo stesso autore riconnette la storia di una tale ricerca alla

---

mente dal marito. Per le *res mancipi* della donna nella tutela degli agnati lo stesso divieto avrebbe valso solo nella ipotesi, che l'alienazione fosse fatta direttamente dalla donna, senza l'*auctoritas* degli agnati.

teoria del furto, o dello spoglio che si voglia dire. Le *res furtivae* non erano capaci di usucapione per disposizione delle XII tavole; esse infatti portano in sè il marchio inestinguibile della ingiusta appropriazione, e trasformar questa in legittima sarebbe stato andar contro alla più elementare equità. Ora la determinazione della *iusta causa* si sarebbe appunto ridotta ad un esame, avente lo scopo di ricercare se nella fattispecie poteva o meno riscontrarsi una indebita appropriazione, uno spoglio, un furto. A tale intento bisognava entrare nell' analisi delle intenzioni delle parti, e, poichè una tale disamina, riferendosi ad uno stato di coscienza, non era completamente possibile, convenne contentarsi di presunzioni e di induzioni. La prima cosa da domandarsi al possessore era quindi su quale fatto egli fondasse la sua b. f., ossia il titolo giustificativo di essa. Ecco sorgere il concetto del giusto titolo, come giustificazione della b. f.

Da ciò risulta che tra il titolo putativo ed il titolo reale in origine non vi doveva essere differenza; solo quando lo sviluppo della giurisprudenza e della economia rese necessari maggiori vincoli alla facilità di usucapire, e quindi si richiese la esistenza di un titolo reale, solo allora giusto titolo e b. f. si presentarono e furono trattati come due requisiti distinti; tutte le altre sottigliezze sono opera degli interpetri.

Tale è in sostanza la teorica esposta dall' Apple-

TON e che dal punto di vista storico ha molto di verosimile. Ma, dopo lo svolgimento di tutta la giurisprudenza classica, in dr. giustinianeo non è più possibile conglobare i due concetti in uno solo. Se da una parte il g. t. non si può considerare come un presupposto antecedente della b. f., chè allora bisognerebbe negare il titolo putativo, dall' altra esso non può prendersi neanche come sostrato della b. f., giacchè nella sua qualità di fatto non spiega l' elemento intenzionale in cui principalmente quest'ultima consiste. Tuttavia lo stretto rapporto, che tra i due requisiti intercede, è chiarissimo; i due elementi subiettivo ed obiettivo, originariamente confusi in un unico esame, si sono andati man mano sviluppando e concretando in due condizioni connesse ma distinte, in due aspetti, se si vuole, dello stesso fenomeno, ma sempre diversi (136).

Applicando questi concetti alla teoria della Publ., si vede subito che i due requisiti in esame sono sostanziali; l'uno (g. t.) costituisce il fatto giuridico da cui si origina il dr.; l'altro (b. f.) dà ragione della difesa a questo dr. accordata non ostante la sua insufficienza, per riguardo alla intenzione incolpevole di chi su quel fatto si è fondato. Da ciò risulta ancora evidente come, tra il g. t. e la b. f., quest'ultima abbia per la Publ. una importanza superiore a quella del primo.

---

(136) Cfr. DERNBURG *Pand.* l. c.

La caratteristica infatti del diritto difeso dalla nostr' azione sta nella insufficienza del titolo per l' acquisto della proprietà, insufficienza però degna di protezione, e la spiegazione di ciò si trova appunto nella b. f. Questa dunque è il cardine della teoria, e si intende come la sua influenza sul giusto titolo possa arrivare fino al punto di sostituirlo completamente; torna quì per via di eccezione il titolo ad essere confuso colla b. f., come di regola era in origine. È il caso del titolo putativo, come si vedrà nel comento esegetico.

## § II.

### *Estensione.*

Poche parole basteranno a riassumere in questo paragrafo quello che già abbiamo visto; quì, in un sol colpo d' occhio, si osserverà chiaramente come al progressivo diminuire delle esigenze, per la costruzione tecnica dell' istituto, corrispose un progressivo allargamento della sua sfera di applicazione.

1.) La originaria forma dell' azione per riguardo all' obbietto, ossia la *vindicatoria*, mirava in generale alla tutela delle cose corporali *mancipi* e *nec mancipi* mobili od immobili, sulle quali l' attore vantasse un dr. di usucapione tuttora pendente.

I termini generici in cui era concepito l' editto e la formula ne sono la prova.

Per le *res mancipi* la Publ. si presentava come l' azione del domino bonitario, per le *nec mancipi* come quella del possessore di b. f.; in tutti e due i casi mirava sempre alla tutela dello stato di usucapione, costituente un quasi-dominio, cui nella prima ipotesi il difetto di mancipazione, e nella seconda dell' acquisto *a domino*, avea impedito di diventare senz' altro una vera proprietà. Ma, scomparse per opera di GIUSTINIANO le vecchie distinzioni tra *res mancipi* e *nec mancipi*, tra dominio bonitario e quiritario, l' azione si ridusse ad un tipo unico, quello cioè della difesa accordata alla *possessio bonae fidei*; e così essa si presenta nelle Pandette.

Nè si arrestò quì la sua trasformazione. Il carattere di azione fondata sulla *ficta usucapio*, che per necessità procedurali aveva in origine dovuto assumere, sembrò via via troppo rigoroso per le nuove esigenze, onde si andò allargando la sua efficacia anche in casi ove, pur non potendosi parlare di usucapione, la natura del diritto sulla cosa inusucapibile era molto analogo a quello derivante dallo stato di usucapione.

Ciò avveniva ogni qualvolta il divieto di usucapione aveva il solo scopo di impedire che il quasi-dominio sulla cosa potesse col tempo trasformasi in pro-

prietà; non per l'ingiustizia intrinseca di tale trasformazione derivante specialmente da vizio nel possesso (furtività), ma perchè su quelle determitate cose non era possibile per l'attore un rapporto di dominio, o in considerazione della qualità di lui (caso dei fondi provinciali e vettigali), o del titolo su cui fondava il suo diritto (caso degli edifici superficiari).

Anche quì dunque la Publ. difendeva un quasi-dominio, non pel riguardo della sua prossima trasformazione in dominio, ma per sè stesso, pel suo intrinseco valore giuridico. Se così vuol dirsi, la cosa era anche quì *nondum usucapta,* ma sempre tale sarebbe rimasta.

Ancora un'altra estensione fu operata. Badando alla sostanza delle cose, quando il progresso del dr. fece cessare la necessità di collegar la Publ. alla R. V. per mezzo della finzione di usucapione, si vide che non meritava minor riguardo chi potesse bensì vantare a suo favore un modo di acquisto valido per sè stesso a trasferire proprietà, ma senza aver avuto alcun rapporto materiale di possesso colla cosa; di chi invece nella stessa ipotesi avesse ottenuto e poscia perduto questo possesso. Quì la Publ. serviva a garantire il dr. di arrivare al rapporto di fatto colla cosa, necessario per acquistare dopo un certo tempo il dominio, che altrimenti il titolo avrebbe conferito senz'altro all'attore, se egli avesse contrattato

col vero proprietario; ogniqualvolta si intende questo errore non fosse imputabile a sua colpa.

Riassumendo, la Publ. nel suo ultimo stadio si presenta come diretta alla tutela di un rapporto di quasi-dominio così sui mobili che sugli immobili; questo diritto poteva o trasformarsi in proprietà col temo restar sempre tale (quando questa impossibilità non derivasse da un intrinseco vizio della cosa); nella prima ipotesi l'azione o serviva a ricuperare o ad acquistare il rapporto di fatto, base della usucapione, sempre che, nell'ultimo caso, questo rapporto non fosse presupposto dal titolo.

2.) Ma, oltre che a difesa del quasi-dominio, la Publiciana, lo sappiamo, fu estesa a tutela del dr. di servitù, in funzione di *confessoria.* La spiegazione storica di questo fatto deve trovarsi nella possibilità, che in antico vi era, di usucapire le servitù. Dopo la *lex Scribonia*, posteriore probabilmente all' incirca di un secolo alla creazione della Publiciana (137), rimase la Publiciana per ragioni di equità, non ostante il divieto di usucapire; ciò prova che presto si cominciò a transigere sul punto della necessità di poter fingere l' avvenuta usucapione.

Però anche in dr. posteriore è menzionato dalle

(137) Cfr. Ascoli - *Usucapione delle servitù* (Arch. giurid. vol. 38 fasc. 1 - 2) -- Padelletti-Cogliolo — o. c. p. 237 (h).

fonti un caso in cui era possibile usucapire un dr. di servitù, quando cioè si usucapisse contemporaneamente il fondo dominante. (138).

3.) La efficacia della Publiciana va considerata sotto un ultimo punto di vista. Essa dalla cosa principale e dal tutto si estende alle accessioni e alle parti. Sicchè è possibile sperimentare per queste la Publiciana, ogni volta che lo è per la cosa principale o per il tutto. Ciò è detto nella L. 11 §§ 6, 7, 8, 9, 10 h. t.

Viceversa il vizio, che impedisce per la cosa principale o pel tutto l'esperimento della Publiciana, lo impedisce anche per l'accessoria e per la parte (Cfr. L. 11 § 7 h. t.) Il caso del parto dell'ancella furtiva concepito presso il possessore di b. f. (L. 11 § 2) non costituisce una eccezione, poichè il parto, una volta venuto alla luce, è una cosa per sè stante, cui non si estende il vizio di furtività della madre. La Publiciana, accordata in sua difesa, appartiene a quel concetto più largo dell'azione, per cui, come abbiamo detto, essa difendeva non solo il possesso già acquista-

---

(138) Il testo è di ULPIANO, estratto dal libro 16. del suo comentario all' editto e quindi a proposito della Publiciana: *Hoc iure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.*

(L. 10 § 1 D. 41. 3).

to, ma anche il dr. ad acquistarlo. Nella specie della L. 11 § 2 il possessore di b. f., se non fosse stato disturbato, avrebbe infatti acquistato il possesso del parto e l'avrebbe potuto usucapire.



# PARTE SECONDA

---

## NOTE ESEGETICHE AL *TIT. DEL DIGESTO VI. 2*

## Legge I. principio

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *Ait praetor: « Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo ».*

---

A comento di questo luogo vedi quello che abbiamo detto sulla restituzione dell'editto e sulla introduzione della Publiciana, nella prima parte del lavoro.

## Legge I. § I.

*1. Merito praetor ait « nondum usucaptum »: nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.*

---

Sulle parole del giureconsulto: *nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam* si è discusso se il proprietario sia o no assolutamente escluso dall' esperire la Publiciana; se, in altre parole, l'esercizio alterno o successivo delle due azioni (*rei vindicatio* e Publiciana) sia possibile.

Il Cuiacio in molti passi dei suoi comentari nota giustamente a tal proposito che si tratta solo di preferenza della *rei vindicatio*, già che *melior est civilis quam honoraria actio*, non di assoluta esclusione dell' onoraria.

Tra le ragioni addotte a sostegno dell' opinione affermativa è la L. 7 § 7, che riguarda il giuramento deferito all' attore della Publiciana dal possessore della cosa. Ma quì noto che non è già sul titolo della proprietà che allora si concede l' azione, ma su quello del giuramento parificato alla cosa giudicata. Nè più forza ha l'osservazione del Glueck (1) che cioè il pretore concede l' uso dei suoi particolari mezzi di difesa anche ai protetti diversamente dal dritto civile (es. la *bonorum possessio*). E così l'altra del Sintenis, che cioè il proprietario deve avere almeno tanto di dritto quanto il possessore di b. f. Il comune difetto di entrambe si è il non tener conto che, quando il pretore concede l' esercizio della sua azione a persona nella cui tutela il dr. civile ne stabilisce un' altra, lo fa perchè la trova fornita di tutte le condizioni richieste per poter usufruire del suo beneficio; la stessa persona è quindi considerata da un diverso punto di vista.

È in base appunto a questa verità che l' opinio-

---

(1) o. c. p. 373.

ne dominante accetta l'esercizio tanto successivo che alterno delle due azioni, ma riferendole a diversi presupposti, alla presentazione di prove diverse (2).

L'APPLETON nel cap. 18. del suo libro, accettando l'opinione dominante, arriva a sostenere che in dritto classico l'*actio in rem* per eccellenza fu la Publiciana in luogo della *rei vindicatio*. Fino a un certo punto la sua teoria è ammissibile; egli cita dei casi ove quella designazione si riferisce certo alla Publiciana. É anche verosimile la sua ipotesi che, il nome completo della Publiciana essendo *Publiciana in rem actio*, talora fosse abbreviato dicendo solo *Publiciana*, tal altra solo *in rem actio*.

---

(2) Oltre il GLUECK e il SINTENIS, lo HUSCHKE e il GIMMERTHAL, stanno per l'affermativa: LAUTERBACH - *Coll. Theor. Pract.* I. VI. 2 § 14; STRYKII *usus modernus* I. VI. 2 § 4; MUEHLENBRUCH § 273. 8; SCHMIDT; PUCHTA etc.

Gli antichi erano contrari. Cfr. DONELLUS l. c. § VIII rimproverato dall' ILLIGERO.

E CUIACIO, VOET, ACCURSIO e GIASONE.

Lo HUSCHKE cita le L. 57 D. 17. 1 e 66 pr. D. 21. 2, ma poco a proposito.

ACCURSIO nella *Glossa magna* al riguardo scrive: *in ea* (id. *Publiciana*) *obtinebit nisi adversarius probet actorem dominum huius* (*rei*) *fuisse. Quod si probet, dabitur ei rei vindicatio. Qui enim Publicianae succumbuit non repellitur a rei vindicatione.* Ma è strano questo convenuto che per difendersi prova il dominio dell'attore! Cfr. HUSCHKE o. c. p. 77.

LEGGE I. § 2. e LEGGE II.

2. *Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum* PAULUS libro nono decimo ad edictum *vel mortis causa donationes factae: nam amissa possessione competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.*

---

Al § 2 si trova una domanda avanzata dal giureconsulto ULPIANO, senza farvi seguire la relativa risposta, almeno nella compilazione giustinianea. La domanda verte su un punto interessantissimo, trattandosi di stabilire il numero delle *iustae causae* per l'esercizio dell'azione. Ora, che i compilatori del Digesto, tralasciando la risposta di ULPIANO (se questa esisteva) siano stati a ciò indotti dal perchè credettero essa risultasse evidente dal contesto, è troppo ragionevole il presumerlo. Ciò posto, io credo che alla domanda (almeno nel *C. Juris*) debba darsi solo il significato di una forma interrogativa in luogo della ordinaria affermativa, che sarebbe p. e:

« *Multis autem modis legitimis, praeter tradi-*

*tionem et usucapionem, dominium quis nanciscitur, veluti ex causa legati* etc. (3)

Forse nei comentari di ULPIANO si rispondeva che il pretore si era limitato alla *traditio ad usucapionem*, riguardando l' editto il solo caso tipico dell'*emptio-venditio* (4), ma non possiamo affermarlo di sicuro. (5)

Il legato, cui si accenna nel § 2, in diritto classico era senza dubbio quello *per vindicationem*, il solo che trasferisse direttamente la proprietà; ad esso dunque dovea riferirsi il passo di ULPIANO.

In dr. giustinianeo vale in genere per un legato di cosa determinata.

La L. II di PAOLO, ove si accenna alla *donatio mor-*

---

(3) Cfr. CUIACIO *Comm.* VII. 850:
« (ULPIANUS) *cum haec querit nec respondit, tacite demonstrat defectum edicti et suppleri vult caeteras species alienationis* ».

(4) Cfr. MOMMSEN Ed. Pand. p. 94 n. 7; dopo *traditionis* aggiunge *ex causa emptionis.*

(5) Alcuno potrebbe forse credere che il problema propostosi da ULPIANO nei suoi comentari fosse diverso da quello che risulta per dr. giustinianeo - ULPIANO, parlando quì di *traditio* ed *usucapio* solo in quanto la prima è titolo per la seconda, domanderebbe perchè la *sola usucapione* fosse menzionata. A questa domanda la risposta doveva consistere evidentemente nella originaria necessità della finzione, da cui la Publiciana prese origine. Dal punto di vista del Digesto invece la domanda avrebbe questo significato: perchè si parla della sola vendita con susseguita tradizione, quando vi sono molti altri modi di acquisto? Quì bisognava una risposta diversa, la cui mancanza si spiega ritenendo conosciuto che in origine fosse contemplato il solo caso tipico della vendita.

*tis causa*, essendo stata dai compilatori connessa al § 2, deve in dr. giustinianeo evidentemente voler significare che per questa specie di donazione si trasferiva come pel legato senz'altro il dominio; la frase *quia ad exemplum legatorum capiuntur* è chiarissima. Alle due obiezioni del PELLAT, su questo valore della *donatio mortis causa*, ha risposto bene l' APPLETON.

La prima è che, se così fosse stato, GIUSTINIANO lo avrebbe detto nella L. 35 § 5 C. (8. 54), dove attribuisce alla convenzione di donare il solo effetto di produrre un' azione personale. Ma la L. 35 è anteriore alla L. 4 C. (8. 57) dello stesso Imperatore, ove si stabilisce quest'assimilazione, per gli effetti, tra le *donationes mortis causa* ed i legati, colle parole: « *et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intellegantur* ».

La seconda è che nella L. 4 citata non si parli di quest'effetto traslativo. Ma le parole di quella, come si vede, nella loro generalità lo comprendono.

Però collo stesso APPLETON noi riteniamo che in dritto classico le cose procedessero diversamente. Lo provano i testi dove la tradizione è ricordata sempre a proposito di tal sorta di donazioni, e la solennità delle forme cui era sottoposto il legato *per vindicationem*, che unico avea tale prerogativa.

Quindi è che nel comentario di PAOLO la *donatio*

*mortis causa* dovea essere semplicemente citata come una *iusta causa*, e le parole *quia ad exemplum legatorum capiuntur* vanno ritenute per una interpolazione dei compilatori, essendo mutato il dritto al loro tempo. Una conferma di tale opinione bene la trova l' APPLETON nella rassomiglianza della frase col passo delle Istituzioni (II. 7 § 1) ove è scritto:

« *Mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia* ». (6).

Tutto dunque prova la non necessità della tradizione.

Il DONELLO a questo proposito ritiene anch' egli che essa non è sempre necessaria, ma solo quando la si richiede per l'acquisto del dominio; altrimenti basta nell' autore la *voluntas transferendi*, e come esempio di questo genere reca appunto il legato. L' ILLIGERO nelle note al giurista mentovato (n. 3 p. 715 Ed. Firenze 1846) osserva come gli antichi si contentavano anche se la *traditio* fosse *ficta*.

Il BARTOLO (7) sta anche per la non necessità della tradizione, dove a proposito del legato e della *donatio mortis causa* scrive:

---

(6) Per le altre ipotesi fatte intorno alla L. II, per cui si è supposto fosse intervenuta una *mancipatio* o una *cessio in iure* o una tradizione sotto condizione sospensiva, o che l'opinione di PAOLO discordasse da quella degli altri giureconsulti, cfr. APPLETON al cap. XV p. 315 segg.

(7) *Comm.* Lugduni 1504 *in 1ª ff. veteris* - p. 213 segg.

« *Quia dominium transit absque traditione, ergo et quasi dominium* », il « *quasi dominium* » essendo il dr. su cui è fondata la Publiciana.

Il GIMMERTHAL (8), deciso sostenitore della tesi contraria, schiera a sua difesa le seguenti principali ragioni :

1°) L'editto richiede espressamente la *traditio* ed ULPIANO lo riconferma alla L. 7 § 16 h. t. senza eccezione.

2°) La Publ. è fondata sui presupposti della usucapione tutti quanti, eccetto il tempo, come dice la formula conservata da GAIO.

3°) Il « *nondum usucaptum* » dell'editto sta a provare lo stesso.

Ma di queste tre ragioni nessuna presenta forza di resistenza. Cadono la prima e la terza di fronte alla considerazione, che nell'editto si tratta solo del caso della *emptio-venditio*, e a questa in modo esplicito si riferisce la L. 7 § 16. Il secondo argomento al più potrebbe importare la necessità del possesso, non mai della tradizione, dato un titolo che trasferisce la proprietà senza di essa.

E lo stesso ripetasi a proposito della frase *amissa possessione*, che anche si è voluta citare a sostegno della necessità della tradizione. La *possessio*, della

(8) l. c. p. 82.

cui perdita quì si tratta, poteva acquistarsi altrimenti che per tradizione, p. e. per immissione diretta; anzi così deve quì intendersi la cosa in dritto Giustinianeo, accettato il concetto che la proprietà passi senz'altro nel donatario. Del resto la frase non prova neanche la necessità del possesso, perchè, essendo di Paolo, si riferisce a un epoca in cui tali donazioni si facevano ordinariamente per tradizione.

## Leggi III. IV. V.

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *Sunt et aliae pleraequae. 1. Ait praetor: « ex justa causa petet ». qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non, item sive ex causa iudicati sit tradita*

Paulus libro nono decimo ad edictum *vel solvendi causa*

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *vel ex causa noxae deditionis, sive vera causa sit sive falsa.*

---

Ricongiungo nella discussione i tre testi legati tra loro in un sol concetto e in una sola unità grammaticale.

Il giureconsulto, dopo avere nel pr. della L. III accennato che vi sono molte altre *juris partes quibus dominium quis nancisceretur,* passa a comentare la frase dell' editto « *ex iusta causa petet* ». Fermiamoci su questo concetto della giusta causa, o del giusto titolo come si dice più modernamente, già altrove esaminato.

Il GIMMERTHAL (O. c. p. 89 segg.) restringe molto il concetto; non ogni « *iusta causa* » in materia di acquisto di proprietà è tale anche per la Publiciana, ma solo quelle espressamente mentovate dalla legge; insomma *iusta* vale *legitima, stricto sensu.*

La comune opinione invece è che per titolo quì si intenda ogni negozio giuridico valido per sè stesso a trasmettere la proprietà. (9)

Il GIMMERTHAL, per sostenere la sua tesi, fa un quadro delle cause espressamente citate nel titolo VI. 2 e nota come tutte rimontino al più antico diritto, se si eccettua il *pactum legitimum* della *donatio inter vivos* ed altre, come l' *haereditas ex Trebelliano,* che riposano su particolari disposizioni imperiali; da nulla può argomentarsi l' estensione agli altri modi d' acquisto d' origine anche im-

---

(9) Cfr. HUSCHKE O. c. p. 45 segg. WINDSCHID - *Pand.* l. c. VANGEROW. *Pand.* § 335 n. 1.

Però, dopo gli studi recenti specialmente del FITTING e dello SCHIRMER, la teoria indicata pare da respingersi. Il titolo accennerebbe non tanto a un modo di acquisto, quanto alla causa giustificativa del medesimo.

periale; in nessuna guisa poi si parla di quei di natura pretoria. Ora la inesattezza del pensiero del GIMMERTHAL appare a prima vista; difficilmente si sfugge alla L. 13 pr. D. h. t. (10).

L' autore riduce di troppo l' importanza del fr. 18 § 15 D. 39. 2 quando dice essere quì concessa la Publiciana a difesa del *missus in possessionem ex causa damni infecti*, solo in via di eccezione. E perchè, domando io, questa eccezione? Nè sono più serii quegli altri argomenti che cerca di sorprendere in un superlativo o in un *sed*, che non hanno per nulla l'aria di risolvere una controversia di tale importanza. Così la causa della dote sarebbe stata detta *iustissima* (L. 3 § 1 h. t.), perchè vanta una ben antica origine. Ed il *sed* della L. 7. § 3 D. h. t. - SED *et si quis ex lucrativis causis* etc. - ULPIANO l' avrebbe messo per far notare il carattere di eccezionalità del titolo di donazione tra vivi.

Col sistema del GIMMERTHAL di così eccessiva restrizione si arriverebbe a rendere illusorio il beneficio della nuova azione pretoria.

La citazione che il giureconsulto fa subito dopo -- *qui igitur iustam causam traditionis habet* etc. -- della tradizione non può limitare solo ai negozi giu-

---

(10) *Quaecumque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.*

ridici, che la richiedono, il novero delle *iustae causae*, perchè essa citazione è fatta *exempli gratia.*

Ma non si fermano quì le controversie intorno a questa *causa iusta.* Le parole della L. 5 h. t: « *sive causa vera sit sive falsa* » formano uno degli argomenti di coloro che sostengono il *titolo putativo* in tema di Publiciana. Però quì bisogna convenire col GIMMERTHAL (11) che quelle parole non hanno niente che fare con questa specie di titolo, poichè l'errore nei motivi è un ostacolo per la Publiciana tanto poco, quanto un fondamento pel dritto al riacquisto della cosa alienata (L. 65 § 2 D. 12. 6). Già nella teoria della usucapione si discute sulla sua ammessibilità; vi sono testi a favore e contra (12), ma è opinione generalmente ammessa che esso possa accettarsi ogni qual volta vi ha una *iusta causa erroris* da parte di chi l'invoca; quando costui, come altri dicono, ha fatto da sua parte tutto quello che avrebbe fatto pure se il titolo, invece che essere inesistente, avesse avuto realmente vita.

Quì si rivela la stretta connessione che passa

---

(11) O. c. p. 98 nota 9.

(12) L. 11 D. 41. 4:

*Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse usucapere pro emptore, hactenus verum est ait si nullam iustam causam eius erroris emptor habuit.* Cfr. fr. 2 § 15 e 16 D. eod.; fr. 9 pr. D. 41. 8; fr. 4 § 2 D. 41. 10.

tra i due concetti di giusto titolo e b. f., sulla quale torneremo altrove.

Generalmente si citano a proposito di tale quistione anche i fr. 7 § 4 e fr. 13 § 2 h. t., ma essi riguardano la b. f. Il fr. che prova l'esistenza del titolo putativo è la L. 7 § 2 riguardo all'acquisto dal furioso (13): ad essa contraddice il fr. 2 § 16 D. 41. 4 ma di ciò discorreremo più a lungo a suo luogo; per ora ci contentiamo osservare che, trovandosi la prima legge riportata nel titolo dedicato alla Publiciana, è ad essa che dobbiamo dare senz'altro maggiore autorità. Perciò possiamo estendere alla Publiciana il concetto di titolo putativo, che abbiamo visto ammettersi in fatto di usucapione.

Qualche osservazione sulle varie *causae* mentovate nei frammenti in esame. In quanto alla *emptio*, - *non solum emptori* etc. - essa, come risulta dallo stesso modo di esprimersi del giureconsulto e da tutto il linguaggio di questo titolo del Digesto, pare sia proprio il caso tipico, e credo accettabile l'opinione di coloro che vorrebbero originariamente a quella ristretta la nostra azione; così il Windscheid. Però niente di sicuro (14).

---

(13) *Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere; ergo et Publicianam habebit.*

(14) Che l' editto fosse formulato tenendo di mira questo

Intorno alla « *causa dotis* » ci fermeremo più a lungo a proposito della L. 12 pr. h. t.

Il valore giuridico della « *causa iudicati* » è spiegata da Gaio *Inst.* III 180 (15).

Intorno al titolo « *pro soluto* » è sorta un po' di confusione pel fatto che, mentre tutti gli altri alludono ad un determinato negozio che poi porta per conseguenza la soluzione, esso si riferisce appunto a quella che è stata chiamata « *causa prossima della tradizione* ».

Non è necessaria la esistenza reale della obligazione per cui avviene la *solutio.*

Il titolo, su cui si fonda la b. f., è la *solutio* stessa che costituisce un fatto realmente esistente.

---

negozio giuridico è molto verosimile; però è certo che fin dai tempi più antichi si cercò dalla interpretazione dei giureconsulti di estendere il nuovo mezzo di difesa a tutti quei titoli che si poteva. Lo stesso Gimmerthal nota (o. c. p. 60) come sotto il nome di vendita fosse compresa anche la permuta.

(15) Sulla ammissibilità di questa causa nei giudizi per azioni reali si sono sollevate difficoltà, per la ragione che la sentenza non sia attributiva del diritto, ma solo dichiarativa del medesimo.

Si è detto quindi che in ogni caso il vero titolo non è formato dalla sentenza, ma dal diritto in essa riconosciuto. In questo senso ragiona il Pellat, ma è evidente che il riconoscimento del diritto nel giudicato è la vera base della credenza sicura (b f.) nel diritto stesso da parte del vincitore; e quindi, secondo il vero concetto del titolo, è il giudicato che forma la *iusta causa* richiesta per la Publiciana. Per i minuti particolari su tale quistione, che ha avuto un largo svolgimento nella letteratura, cfr., oltre il Pellat ad h. l., l'Appleton cap. XV pagine 186 e segg.

La teoria della *noxae deditio* è esposta da Gaio *Inst. IV.* 75-80.

Degli altri titoli vedremo per via.

Qui, prima di passare ad altro, noto come è discussa l'ammissione del titolo « *pro derelicto* ». Il Gimmerthal, coerente al suo sistema, perchè non citato espressamente lo rigetta (16).

Il Sintenis (17) invece l'ammette in base alla L. 13 pr. D. h. t. e alla L. I § 2 h. t. L'espressione « *pro derelicto* » starebbe, secondo la comune teoria, per « *pro occupato pro derelicto* ».

## Legge VI.

Paulus libro nono decimo ad edictum. *Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero et amisero possessionem, competit mihi Publiciana.*

---

Questo fr. è una conseguenza del fr. 5 quando si tenga presente quello che Cuiacio nota al Vol. I Col. 988 dei suoi comentari, cioè che *ductio pro noxae deditione est*. La *ductio* non conferisce do-

(16) O. c. p. 97 segg.
(17) *Civilr.* Bd. I § 53 n. 4.

minio ma solo possesso di b. f. che porta per conseguenza la Publiciana (18). Il pretore quì concede l'azione appunto per un modo di acquisto pretorio (19). Cfr. L. 2 § 1 D. 2. 9 dove si fa il caso dell'assenza dello schiavo o del domino.

A questo caso va congiunto quello della *missio in possessionem ex secundo decreto* (L. 15 § 16 e L. 18 § 15 D. *de damno infecto* 39. 2).

### Legge VII pr. e § I.

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum. *Sed et si res adiudicata sit, Publiciana actio competit.*

1. *Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Julianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.*

---

Questi due passaggi formano tutto il contenuto della L. 7 nella Vulgata, mentre la Fiorentina vi aggiunge tutti i frammenti, che nell'altra formano la L. 8

---

(18) Cfr. Cuiacio V. *15*:
*Sola lex dominium facit, non praetor; praetor possessionem facit . . . . quem et ipse tenetur quasi-dominium.*

(19) Gaio *IV. 76* :
*Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris.*

(dal § 2 al 16 inclusi) e quelli che formano la L. 9 (dal 17).

Nel principio si accenna alla *adiudicatio*, la quale era una quarta parte della formula nei giudizi divisori, in cui il magistrato dava facoltà al giudice di assegnare in esclusiva proprietà ad una delle parti ciò che era di proprietà comune fra le medesime (20).

Nel § 1 trattasi della *litis aestimatio* (21), equiparata ad una *emptio-venditio* tra la cosa stimata ed il prezzo di stima.

Lo stesso concetto è ripetuto al fr. 1. e in altri luoghi del titolo *pro emptore* D. 41. 4. A questo proposito nota il CUIACIO che i Greci, dal fatto che chi soffre la *litis aestimatio* è paragonato all' *emptor* (22), e d'altra parte la *aestimatio rei*, meno il caso che sia data dal possessore al domino, non trasferisce dominio, ma solo dr. ad usucapire e quindi alla Publiciana, argomentavano la possibilità di un *emptor* che non fosse *dominus*. Ma evidentemente le fonti dicono *emptoris loco habendus est* (23).

---

(20) Cfr. GAIO *Inst.* IV. 42; CUIACIO *Comm.* VII. 514.

(21) Per la storia cfr. PADELLETTI - COGLIOLO o. c. p. 337 segg. n. b' e c.

(22) L. 22 pr. D. 25. 2.

(23) Dalle LL. 46 e 47 D. (6. 1) risulta che le azioni dell'attore passavano al convenuto, che pagava la *aestimatio*, solo quando questi avesse perduta la cosa per sua colpa, non quando era l'effetto del dolo.

### Legge VII § 2.

2. *Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit.*

---

Già trattando del titolo putativo abbiamo accennato a questo frammento.

Orbene contro di esso si trova nel Digesto un'altra legge (L. 2 § 16. 41. 4) di Paolo, che suona così:

« *Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis* ».

Marcello dunque, seguito da Ulpiano (24), concede la Publiciana; Paolo la nega.

Per conciliare questi due testi già Accursio avea pensato che Paolo negasse la Publiciana solo contro il venditore (*furiosus*) e Marcello la concedesse negli altri casi; questo tentativo è stato ben accolto dalla

---

(24) Non ha importanza l'osservazione del Gimmerthal (p. 102) cioè che Ulpiano non ha soggiunto come di solito « *quae sententia vera est* ».

maggioranza dei giuristi (25) e in dr. giustinianeo è una spiegazione che può passaro (26). Però senza dubbio tra i giureconsulti vi fu disparere.

Il Cuiacio pensò ad una corruzione della L. 2 § 16, ritenendo interpolate le parole *nec Publiciana competit*, sul testo di *Armenopulo:* οὐκ ἔχει δὲ ἀγωγὴν περὶ τῆς ἐκνικήσεως, οὐδὲ προσθήκη, τῆς νομῆς αὐτοῦ κέχρηται; (*nec de evictione*, dunque, *nec accessio possessionis*). Però altrove muta opinione (27) ed accetta l'antinomia, ritenendo che Paolo stia più allo stretto dritto e Marcello all' equità, trattandosi quì non del vero *furiosus*, ma del semplice *demens*. (28)

Non tutti coloro però, che accettano la discrepanza, si accordano nel dar la preferenza ad uno dei due. Le maggiori probabilità stanno secondo me per il testo di Ulpiano. Esso prima di tutto si trova proprio

(25) Donello l. c. VI e così pure il Guyet, Puchta, Obrock, Stephan, Molitor, Pellat, Pagenstecher, Windscheid ed altri.

(26) Che Paolo si ponesse dal punto di vista dell' azione intentata contro il terzo e non contro il venditore furioso lo dimostra bene l' Appteton (cap. XI n. 119), confutando i contrari argomenti del Pellat. Vuol dire che, per salvare l'antinomia, nel Digesto si può accettare l'interpetrazione proposta dalla Glossa, ma solo come espediente.

(27) Al vol. I p. 745 riconosce che nei Basilici si trova anche menzionata la Publiciana.

(28) Una proposta di correzione della L. 2 trovasi nello Huschke (pag. 56 n. 109), che muta il *nec* in un *licet*. Certo che nella legge vi sono tracce di rimaneggiamento (Cfr. Mommsen Ed. Pand. p. 662 n. 4).

nel titolo della Publiciana. Inoltre non è vero, come dice il GIMMERTHAL, che non risponda meglio ai principi di equità; una volta ammessa *utilitatis causa* la usucapione, sarebbe stato ingiusto negare la Publiciana, che cede dinanzi al dr. del proprietario, annullato invece dalla *usucapio*.

## LEGGE VII. §§ 3. 4. 5. 6.

3. *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit.*

4. *Si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.*

5. *Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.*

6. *Publiciana actio ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit.*

---

La *donatio inter vivos* è una tra le cause più recenti, come nota il GIMMERTHAL. Quì l'epiteto di *iustus*, aggiunto al *possessor*, non si riferisce punto alla qualità della *possessio* ma solo al suo fondamento su una *iusta causa*, il che risulta anche dal seguente *et petitor*. In essa per la perfezione era necessaria

la *traditio*, a differenza che per la *donatio mortis causa*, oltre alla formalità della insinuazione (29).

A proposito del § 4 notiamo che non sempre il semplice errore giustifica la b. f. dell'attore; bisogna che esso, oltre che indipendente dalla volontà, lo sia anche dalla diligenza (30).

Nella *permutatio* era necessaria la *traditio* bensì per la perfezione del contratto, ma quella trasferiva la proprietà anche se il ricevente non avesse adempiuto al contracambio.

Il concetto espresso nel § 6, con cui si riconduce il diritto difeso dalla Publiciana alla proprietà e l'azione alla *rei vindicatio*, si trova anche nel § 8 dello stesso fr. e indirettamente nelle L. 11 § 2, L. 12 § 1 e L. 15 D. h. t. Su questa relazione, che già altrove ho spiegato, mi fermo ancora un poco, esponendo in qualche modo le idee dello PFERSCHE (31) a tale riguardo. L'istituto della *usucapio* si fonda sul fatto che alcune condizioni richieste per l'acquisto del dominio siano realmente esistenti, e che la mancanza delle altre sia sconosciuta a chi usucapisce. L'antico diritto pare richieda l'attualità di tutte, meno quella del do-

---

(29) Cfr. SCHUPFER *Obbl.* p. 424.

(30) Per la controversia se le cose dei pupilli e dei minori siano o no sottratte all' usucapione cfr. VANGEROW *Pand.* § 335 n. 1.

(31) *Privatrechtliche Abhandlungen* p. 102 segg.

minio dell'autore. A poco a poco però lo sviluppo del concetto di b. f., per opera del dr. pretorio, estese questa sostituzione della credenza alla realtà ad altre condizioni, che non è possibile determinare esattamente quali e quante siano: ma questo può asserirsi, che il diritto dell'usucapiente, prima della compiuta *usucapio*, è una specie di dominio soggettivo, il quale acquista l'elemento oggettivo, che lo perfeziona, col trascorso del tempo determinato dalla legge (32). Ora lo scopo dell'introduzione della Publiciana fu, come pensa lo Huschke (33), frá gli altri, di dare a questo diritto, così in acquiescenza e in formazione, la forza attiva di respingere tutte quelle perturbazioni che venissero dagli aventi nessuno o minor diritto. Ciò non toglie però che la Publiciana non possa esercitarsi in taluni casi anche quando, per ragioni risguardanti il proprietario p. e., è vietata l'*usucapio* della cosa.

---

(32) Basilici 50. 3. 9. 43 ove l'usucapione è detta « ἡ διὰ τοῦ χρᾶσθαι (χρονικῆς νομῆς) δεσποτεῖα ».

(33) O. c. p. 19 e 22.

## Legge VII § 7.

7. *Si petenti mihi rem iusiurandum detuleris egoque iuravero rem meam esse, competit Publiciana mihi, sed adversus te dumtaxat: ei enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. sed si possessori delatum erit iusiurandum et iuraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem.*

---

Di questo frammento ho discorso altrove, p. e. in rapporto alla quistione se il domino possa intentare la Publiciana, dove è recato come argomento favorevole, ma fuor di proposito come si è visto. Quì non si fa altro in fondo che stabilire una *iusta causa ex iureiurando* in certe circostanze.

Le circostanze sono date appunto dalle due specie contemplate nella legge. Nella prima l'attore, cui è deferito il giuramento, giura sulla sua proprietà; nella seconda il convenuto, dietro il riferimento dell'attore, giura sulla non proprietà di questo. Così una volta il giuramento fonda una azione, un'altra un'eccezione; tanto l'azione che l'eccezione sono però limitate nei rapporti personali tra i due intervenuti, il che basta per la Publiciana, che si basa appunto sul rapporto tra le parti.

A proposito di questo titolo si quistiona sul valore da attribuirsi all'azione da esso originata, che quì è detta Publiciana da Ulpiano e nella L. 11 § 1. D. (12. 2.) da lui stesso è chiamata *actio in factum*. Secondo un sistema (quello dell'Accarias) all'azione *de iureiurando* i Romani davano spesso il nome dell'azione cui si sostituiva e così nel fr. in esame; ma meglio l'Appleton osserva (Cap. XV. Sez. II.) che invece l'azione nascente dal giuramento non è punto un'azione speciale, ma è quella, per intentar la quale si è prestato o deferito il giuramento, con qualche modificazione nella formula, in quanto il giudice deve badare solo al fatto se e come il giuramento si sia prestato.

Al nostro frammento si congiunge la L. 13 § 1 D. (12. 2), dove si parla di una azione utile anche dopo avvenuta la prescrizione. Tra le varie discordi interpetrazioni preferiamo col Pellat e coll'Appleton quella del Pothier, che si fonda sulla considerazione, che il giuramento interrompa la prescrizione a guisa della *litis contestatio*. Vedi per le altre l'Appleton l. c.

### Legge VII. §§ 8. 9. 10.

8. *In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus.*

9. *Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.*

10. *Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit.*

---

Della portata del § 8 abbiamo discorso innanzi.

Nei §§ 9 e 10 si stabilisce il principio di rappresentanza, in quello per la intervenuta morte, in questo nelle relazioni tra vivi. Il « *successoribus* » del § 9 si deve intendere nel senso di « *universali* », già che solo nel caso, in cui il nuovo venuto continui la personalità del defunto, è possibile accordare ad esso la Publiciana in base a titoli propri del suo autore. Il diritto alla Publiciana è un diritto eminentemente legato alla persona, che non può altrimenti trasferirsi altrui (34), perchè fondato sulla b. f., fenomeno della coscienza.

---

(34) Huschke o. c. p. 27 n. 32.

## LEGGE VII. § 11.

11. *Praetor ait: « qui bona fide emit ». non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emtorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.*

---

Nella *buona fede* si trova la vera chiave per intendere la natura della nostr' azione.

Il GIMMERTHAL (35), dopo aver notato come, secondo il WINDSCHEID, per essa si abbia a intendere *la convinzione che nulla di ingiusto ci sia nel rapporto con la cosa*, soggiunge che, se può ritener vero questo concetto nella teoria dell' usucapione, gli pare invece troppo indeterminato in fatto di Publiciana.

Onde egli stabilisce che quì debba ritenersi consistere nella *credenza alla proprietà e alla capacità del proprio autore o al pieno potere del suo rappresentante*. (36).

Il vero capo saldo per la giustificabilità dell'azione è secondo lui la « *iusta causa* »; la b. f., necessaria

(35) O. c. p. 100 sgg.
(36) Si fonda sulle L. 12 § 2; 7 § 4; 13 § 2 h. t.
Cfr. BRINZ, *Pand.* p. 210 sgg.
VANGEROW, *Pand.* II § 321 n. 1.

compagna di quella, viene normalmente presunta, nè l'editto la ricerca espressamente, ma solo sta nascosta in quel tale « *nondum usucaptum* ». In ciò si distinguono usucapione e Publiciana, che cioè mentre nella prima occupa il primo posto la b. f. e quindi viene il giusto titolo, nella Publiciana sono invertite le veci.

Questa la teoria del GIMMERTHAL, che non mi par vera. Se in tema di usucapione lo stesso GIMMERTHAL ammette che la b. f. è un concetto complesso, il quale contiene oltre il giuridico un elemento etico, perchè rimpicciolirlo passando alla Publiciana? Piuttosto intenderei il contrario, dal momento che in quella abbiamo un possesso continuato per lungo tempo, di cui un pubblico interesse economico impone la tutela, mentre nell'altra questo possesso può essere infinitamente ridotto o financo mancare del tutto (37).

---

(37) Riporto qui l'interpetrazione un po' strana veramente che il GIMMERTHAL dà del nostro paragrafo. Egli nota come ULPIANO non poteva mai fare una così insulsa ripetizione, scrivendo dopo le parole dell'editto: *non omnis emptio proderit sed ea quae bonam fidem habet*. Inoltre la esemplificazione che segue: *proinde* etc. ricorderebbe troppo quel passo di CALLISTRATO (*De off. proc. Caesaris* l. 3) ove è detto: *Procuratores Caesaris ius deportandi non habent, quia huius poenae constituendae ius non habent*. Per ovviare a questi inconvenienti dice che l'*omnis* deve intendersi nel senso di *tota*.

Ora a me non pare proprio che sia il caso nè della critica nè della interpetrazione. Non della critica perchè la parafrasi, che il giureconsulto fa della frase dell' editto, serve a mostrar-

La b. f. costituisce, come abbiamo visto, un requisito indipendente dalla *iusta causa*, come è l'opinione della maggioranza dei moderni giuristi (38). In questo riguardo essa ci si presenta sotto quella forma indeterminata che abbiamo indicato, e sfugge ad un'analisi più minuta, che non fecero probabilmente neanco i Romani; comprende una somma di elementi, che si possono caso per caso concretare, somma che forma il presupposto soggettivo dell'azione, come la somma degli elementi di fatto, indipendenti dalla persona dell'attore, in una sola parola si riuniscono nella cosidetta « causa giusta ». Il contenuto variabile del presupposto soggettivo non si può positivamente limitare all'ignoranza dei vizi, ma si estende ad un concetto più largo e complesso qual'è quello dell'onestà. Di natura eminentemente spirituale, perchè ha sede nella coscienza dell'individuo, solo eccezionalmente può essere dal giudice rintracciato, e quindi per regola è presupposto. Spetta al contraditttore provarne la mancanza. Quì si intreccia la teoria della b. f. con quella

---

ne chiaramente tutto il valore, di restringere cioè al solo *emptor* il requisito della b. f. La spiegazione poi di *omnis* per *tota* è un vero ardimento filologico.

(38) Cfr. STINTZING *Wesen von bona fides und titulus.*

FITTING *Wesen des titels bei Ersitzung* (Archiv f. civ. Pr. 51. 50.)

DAVID *Zur Lehre von Ersitzungstitel.*

OTTO MAYER *Iusta causa.*

del carico della prova e col modo di còndurla in giudizio, ciò che è egregiamente trattato dallo Pferschе. Da questo punto di vista la b. f. non è solo la credenza nella capacità dell'altro contraente, ma in genere nella legittimità di tutti gli elementi esterni che formano la base del suo titolo, credenza ragionevole ed incolpevole, che rende il soggetto di essa legittimo alla sua volta nella conclusione del negozio. In questo modo la credenza onesta ed incolpevole dell'attore, che è un elemento soggettivo, viene a sostituire la mancanza di alcuni elementi obbiettivi, ed ecco che la b. f. si presenta sotto un secondo punto di vista. Sotto tale aspetto può determinarsi in ogni caso, e la sua funzione suppletiva è più o meno ampia fino a poter rimpiazzare addirittura tutta la somma degli elementi obbiettivi, ed allora abbiamo il *titolo putativo*. Una qualche sostituzione però in questo senso è sempre necessaria per aversi la Publiciana; altrimenti si ha, come dice il giureconsulto, l'azione diretta e non si desidera l'onoraria. Così si vede chiara la relazione che passa tra la *rei vindicatio* e la Publiciana; quella bada all'elemento di fatto, questa a quello putativo. Lì non esiste nè opinione nè intenzione, e la causa deve essere perfettamente completa; quì la compiutezza si ricerca negli elementi soggettivi, che possono sostituire anche completamente quelli obbiettivi,

il giusto titolo. È per questo che io ripongo nella b. f. l'essenza della Publiciana.

Per rispetto alla prova, mentre la b.f. considerata nel primo aspetto abbiamo visto che normalmente si presuppone, ed è il convenuto che deve provarne l'assenza; nel secondo invece la prova spetta all'attore (Cfr. L. 13 § 2 h. t.).

Secondo l'espressione del Deurer, i presupposti della Publiciana potevano ridursi ad un *minimum* da non formare quasi più un dritto; orbene il denominatore di questa frazione ridotta ai minimi termini è appunto la b. f.

### Legge VII. §§ 12 e 13.

12. *In hac actione non oberit mihi si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui successi, dolo fecisset.*

13. *Sed enim si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus, vel contra.*

---

Dopo avere nel § 11 stabilita la necessità della b. f. solo nella persona del compratore, viene il giureconsulto a considerare questo requisito dal punto di vista dei rapporti, che possono ripassare tra il com-

pratore e gli aventi causa da lui, e nel § 12 riguarda il caso dell'erede, nel § 13 quello dell'acquisto per mezzo del servo.

In quanto al primo notiamo che quì si ha da intendere il *successor in universum ius quod defunctus habuit,* o almeno in una quota parte, interpetrazione che si deduce dal confronto col § 9 dello stesso frammento già spiegato e col § 11, dove pel caso di successione singolare nascente da *emptio-venditio* è data una regola contraria: *neque enim dolus venditoris mihi nocebit.* (39).

Intorno al § 13 lo Huschke (40) osserva che malamente Ulpiano uguaglia per questo rispetto al successore colui, che acquista per mezzo del servo, al cui dolo è detto che deve sempre guardarsi. E soggiunge lo stesso autore che quì ci troviamo di fronte ad una diversità dalla dottrina dell'usucapione. Infatti dalle combinate leggi 2 §§ 10-13 (41. 4) e 43 § 1.; 47 (41. 3) del Digesto, risulta chiara questa teoria: che, in materia di usucapione, nel caso di acquisto del servo *peculiari nomine,* « *iure singulari receptum est* » non richiedersi la conoscenza del proprietario, purchè questi ignori *rem esse alienam.* Che se poi non si tratta di amministrazione peculiare, allora è

(39) Cfr. L. 5 pr. D 44. 3.
(40) p. 60.

necessario tener di mira la b. f. del *dominus* al momento che ha cognizione dell'affare. (41). Questa è la dottrina dell'usucapione; di fronte ad essa ci si para in tema di Publiciana l'assoluta sentenza di Ulpiano: « *si servus meus emit dolus eius* etc.... ». Quì non si distingue, e *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Però io credo col Pellat che anche per la Publiciana l'efficacia del fr. debba intendersi secondo i criteri della usucapione.

## Legge VII. §§ 14. 15. 16. 17.

14. *Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur.*

15. *Bonam autem fidem solius emptoris continet.*

16. *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.*

17. *Julianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque*

---

(41) L. 2 § 12 D. 41. 4.
L. 2 § 13 D. 41. 4.
Cuiacio *Com.* IV. 1476.

*si sciens alienam possessionem adprehenderit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emtorem esse.*

---

Nel § 14 si applica alla Publiciana il noto principio della usucapione: *mala fides superveniens non nocet.* Or bene il « *tempus emptionis* », come risulta dal seguente § 17, bisogna intenderlo con una certa estensione, vale a dire « *ab initio emptionis ad traditionem perfectam* », riunendo in una unità giuridica questi due fatti (conchiusione della vendita e consegna della cosa), che possono essere separati da un tratto più o meno lungo di tempo. (42).

La massima del § 15 è già contenuta nel § 11 dove ne abbiamo dato la ragione.

Passiamo quindi alla dibattuta quistione del *quando* la b. f. sia richiesta. Il § 16, di accordo colle parole dell' editto « *qui bona fide emit* », asserisce la necessità di questo requisito nella conchiusione della compra-vendita, aggiunge il bisogno della susseguente tradizione per lo esperimento della Publiciana. Il § 17, che forma col precedente un sol contesto logico, spie-

---

(42) Cfr. Huschke o. c. p. 65.

ga poi, secondo la mia interpetrazione, che anche al momento della tradizione è richiesta la b. f. (*oportere et tunc bona fide emtorem esse*). Così per la Publiciana la b. f. sarebbe richiesta nei due momenti.

Ma la interpetrazione di questo paragrafo non è così semplice; anzi esso è uno dei passi del Digesto, che ha dato più da pensare ai comentatori. Il GLUECK nel suo *Pandekten Comentar*, come nota il GIMMERTHAL (p. 104), per la esposizione delle diverse opinioni sul significato di questo luogo, ha impiegato non meno di 11 pagine e quasi il 6.° di tutto lo spazio concesso alla trattazione della Publiciana. La controversia rimonta ai Proculeiani e Sabiniani.

Il paragrafo può dividersi in due parti. Nella prima si riporta quanto scrive GIULIANO nel 7.° dei Digesti, dove afferma la necessità della b. f. nel momento della tradizione. Nella seconda ULPIANO aggiunge del suo. Ora tutta la difficoltà sta nel significato da attribuirsi in questa seconda parte alle parole « *initio traditionis* » e « *tunc* » (43). A che cosa esse si riferiscono?

Varie ipotesi furono avanzate. Di quelli che in-

---

(43) Non è certa neanche la lezione. Il DUARENO invece di *tunc* leggeva *hunc*; ma, oltre che ripugna al senso ed alla logica, non ha fondamento alcuno ne' manoscritti, ed è perciò da rigettare. MOMMSEN nella sua Ed. critica del Digesto ha il *tunc*.

tendono l'*initio traditionis* accenni al tempo della trasmissione del possesso appunto per tradizione, alcuni (44) rifersiscono il *tunc* alla conchiusione del contratto, altri (45) al tempo dello sperimento della Publiciana.

Altri poi riferiscono il *tunc* al tempo della tradizione, e per l'*initium traditionis* intendono o il tempo mediano tra il contratto e la consegna (46) o quello del contratto. (47).

Sono queste le più note opinioni in proposito; però è molto facile combatterle.

Le prime due si accordano nel ritenere l'*initium traditionis* indichi appunto il momento della tradizione, ed in verità questo mi par certo, per una

---

(44) REINOLD *Diss. de Ed. Publ.* § 4 p. 674. (Cfr. GIMMERTHAL l. c. p. 105).
GLUECK l, c. p- 337.
OBROCK *De Publ. act.* p. 73.
Di questa opinione sono pur ACCURSIO e CUIACIO.

(45) COCCEII *in iure civ. controv.* h. 1 p. 476.
SCHILTER *in Praxi iur. rom.* p. 70.
JENSIVS *in strictur. ad rom. iur. Pand.* p. 43.
HENR. COCCEII *in Dis. de potestate iusti tituli in ficto dominio* sect. III § 17.
(Cfr. GIMMERTHAL come sopra).

(46) FABER *Ration. ad Pand.* ad h. l.
WESTPHAL *System v. röm. Recht.* I.I Dec. II Lez. 3 § 1008.
(Cfr. GIMMERTHAL come sopra).

(47) Cfr. ILLIGERO, note a DONELLO cit. p. 719.
HUSCHKE o. c. p. 61.
GIMMERTHAL o. c. p. 107.

ragione ineluttabile. Essa è, che nella legge 10 pr. D. 41. 3, escerpita dallo stesso libr. 16 all'editto di Ulpiano, cui appartiene il nostro paragrafo, si trovano le due frasi *initium emptionis - initium traditionis*, che incontestabilmente indicano i due momenti della vendita e della tradizione; ora è egli logico ammettere che lo stesso autore, nella stessa parte di un medesimo libro, abbia usato la stessa espressione due volte con due significati diversi? Ciò posto, abbiamo visto che quelli, i quali stanno per tale interpetrazione, riferiscono poi il *tunc* o alla conchiusione del contratto o al momento in cui s'intenta l'azione. Ora la prima opinione non ha proprio alcun fondamento grammaticale; se in tutto il paragrafo non si parla mai della vendita, come quel *tunc* può saltar fuori ad alludervi? Sarebbe curioso in verità, come osserva il Gimmerthal, che Ulpiano volesse quì dirci che egli vuole la b. f. anche alla conchiusione del contratto, quando ci ha speso attorno tutto il § 16 antecedente! Contro quelli poi, che intendono per *tunc* il momento, in cui si esperisce l'azione, basta, senza temer replica, citare soltanto il § 14, oltre che la grammatica anche quì è malmenata, e del famoso principio che *mala fides superveniens non nocet* non si tien conto.

I segnaci delle altre due opinioni si accordano nel riferire il *tunc* al tempo della tradizione, come par giusto secondo le regole della sintassi, ma diffe-

riscono nel rapportare l'*initium traditionis*, gli uni alla conchiusione del contratto, e gli altri al tempo intermedio tra il contratto e la tradizione. L'osservazione fatta intorno alla L. 10 (41. 3) ci porta a rigettare senz'altro queste due ipotesi; e così tutti e quattro i sistemi accennati abbiamo visto che non reggono alla più semplice delle critiche. (48).

La quale ci conduce senz'altro a ritenere che tanto l'*initium traditionis* quanto il *tunc* si riferiscano allo stesso momento della tradizione. (49) Ma e allora il senso? Il senso, secondo me, è quello che già aveva notato l'OTTOFREDO nelle sue *Note al C. Iuris* (Ed. Coloniae Munatianae MDCCLXXXI), e cioè ULPIANO, dopo aver detto che GIULIANO voleva la

---

(48) Per riferire l'*initium traditionis* al momento del contratto, lo HUSCHKE nota che i due momenti sono legati tra loro da tale un nesso giuridico, che possono considerarsi come principio e fine di un atto solo.

Ciò è giusto, ma è verosimile che ULPIANO pensasse proprio a questo quando scriveva quelle parole?

Il GIMMERTHAL invece cita un passo di PAOLO (L. 78 § 4 D. 32. 3) ove *initium*, dice lui, sta per *origo*, e così vorrebbe intenderlo nel nostro paragrafo, ma io ho già citato la L. 10 (41. 3) dello stesso ULPIANO.

Nessun valore infine ha la parafrasi dei Basilici (XV. 2): « Δεὶ δὲ καὶ ἐν τῷ καιρῷ τὴς ἀγορασιας, καὶ τῷ τῆς παραδύσεως εἶται τὸν λαβόντα καλῇ πίστει ».

(49) L'ECKENBERG prende l'*initium traditionis* nel senso letterale e il *tunc* spiega come « *prorsus peracta traditio* ».

Ma come pensare questa tradizione così lunga, che ha un principio, un mezzo ed una fine?

b. f. al tempo della tradizione e per conseguenza (*ideoque*), *si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse,* soggiunge: badate però che ciò non vuol dire che io creda basti, al tempo della tradizione, ignorare che la cosa appartenga ad altri; bisogna addirittura che il compratore sia in *completa b. f.* anche allora (*et tunc*), come al momento della conchiusione del contratto, di cui vi ho parlato sopra. In altri termini tutta la forza del discorso sta nel concetto della b. f., che quì ULPIANO verrebbe a dichiarare non potersi ridurre al solo non sapere che la cosa appartenga ad altri. Chi sa questo è certamente in mala fede, ma il contrario non è vero, perchè si può ignorare l'appartenenza della cosa ad altri, e sapere p. e. che colui, il quale conchiude con noi il negozio giuridico, non ha la capacità di trasferire il dominio.

A questo modo mi sembrano rimosse tutte le difficoltà, senza torturare nè la grammatica nè la logica nè il vocabolario, e nello stesso tempo si ha un'altra prova del largo concetto della b. f.

Il PELLAT ritiene anch'egli che tanto l'*initium traditionis* quanto il *tunc* si riferiscano ambedue allo stesso momento, ma spiega il senso del contesto facendolo poggiare sull'*etiam.* Il giureconsulto vorrebbe dire che non si creda esser sua opinione la b. f. basti solo al momento della tradizione, bensì in esso richie-

dasi *oltre che* (*et*) in quello della conchiusione del contratto. Questa spiegazione non mi sodisfa, in quanto attribuirebbe ad ULPIANO una stolta superfluità. Come poteva infatti sorgere un tal dubbio nell'animo del lettore, dopo che chiaramente nel § 16 si era accennato alla necessità della b. f. al momento della vendita?

Ora passiamo ad esaminare un'altra quistione, che si ricollega a quella fatta; essa riguarda la L. 10 pr. D. 41. 3.

Nella ricerca del momento in cui è richiesta la b. f. nella usucapione, confrontando i testi che vi si riferiscono, si trova subito un' antinomia. La L. 2 pr. D. 41. 4 chiaramente richiede la b. f. nei due momenti (*igitur et bona fide emisse debet et bona fide possessionem adeptus esse*). Lo stesso la L. 48. D. 41. 3; ma nella L. 10 pr. 41. 3 pare che si richiegga solo al momento della tradizione (*traditionis initium spectandum*) (50). Ora la stonatura che tale interpetrazione di quest'ultimo frammento presenta di fronte alle esplicite leggi antecedenti, e la conseguenza cui si arriverebbe (di mettere cioè ivi ULPIANO in contradizione con sè medesimo, una volta che, usando la parola *obtinuit* nel riferire l'opinione di CASSIO e SABINO, mo-

---

(50) *Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus an traditionis? et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.*

stra che era anche quella dominante e la sua) hanno indotto parecchi a trovare una conciliazione. Così si è cercato di inserire un *etiam* innanzi al « *traditionis initium spectandum* ». Ma ciò è arbitrario e poco felice, in quanto non salva la coerenza tra la domanda e la risposta. Un'altra opinione spiega la legge 10 in un senso che trova grande appoggio nel corrispondente luogo del Basilici 50. 3. 9 dove è scritto: « *εἰ αγνοῶν ἀλλότριον ἀγοράσω, τὸν καιρόν τῆς παραδόσεως πρός τῆς χρονίας νομῆς δεσποτεῖαν σκοποῦμεν* ».

Si tratterebbe in sostanza di determinare il punto d'origine del tempo necessario ad usucapire, e non della b. f. L'inciso « *ut bonam fidem habeat* » si interpetrerebbe nel senso, come scrive lo Huschke, di « *posito ut bonam fidem habeat* », in correlazione alla precedente ipotesi « *si aliena res bona fide emta sit* »; e tutto così sarebbe piano, giacchè per la usucapione è necessario il possesso, e questo non comincia che dal momento della tradizione.

Ma tale interpetrazione artificiosa dello Huschke urta troppo contro la dizione del testo. Quell'*ut* inteso nel modo da lui spiegato non pare proprio ammissibile; in ogni caso esso si troverebbe ad avere un significato così peculiare, una riga dopo un altro *ut* usato nel senso finale ordinario.

Più verosimile è l'ipotesi dell'Appleton, il quale ritiene *emptionis* interpolato in luogo di *mancipatio-*

*nis.* La necessità della b. f. al tempo del contratto è presupposta dalla stessa ipotesi della legge: « *si aliena res bona fide emta sit* ». La *ratio dubitandi* tra il momento della *mancipatio* e della *traditio* consisterebbe nella diversa importanza data ai due fatti dai Proculeiani e dai Sabiniani. Però, sebbene l' insieme di questa interpetrazione sia egregiamente svolto dal dotto girurista, essa non vale a togliere la difficoltà del frammento, il quale anch'io ritengo non genuino.

Resta poi un punto oscuro la ragione di questo speciale trattamento fatto alla causa di vendita, per rispetto alla b. f., di fronte agli altri titoli di acquisto; ciò non ostante gli sforzi dei più valenti giuristi. Rimando anche quì all'Appleton per la esposizione di tutti i diversi sistemi proposti (Cap. X); ma, se tutti questi sono deboli, non è più forte forse il suo, il quale è anche molto artificioso. La ragione della diversità si trova, secondo lui, nelle parole di Paolo alla L. 48 D. 41. 3: *nec potest usucapere pro emtore qui non emit* NEC PRO SOLUTO *sicut in ceteris contractibus.* Ora non mi pare che la L. 1 pr. D. 19. 4 neghi, come egli sostiene, l'obbligazione nascente dalla vendita, pel venditore, di trasferire l'oggetto venduto al compratore; da cui l'Appleton trae la conseguenza che la tradizione della cosa non funzioni come *solutio* dell'obbligazione, quindi il perchè non si possa in caso di vendita *usucapere pro soluto* e, re-

stando così il titolo *pro emptore*, la necessità della b. f. al tempo della vendita. Il fr. 1 citato, non ostante gli sforzi dell'Appleton, mi pare dica piuttosto il contrario: « *Emptor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito; venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo* ». Senza dunque, dal nostro punto di vista, occuparci più a lungo della ragione della regola, sta il fatto che tanto per la Publiciana che per la usucapione richiedesi la b. f. nel doppio momento della vendita e della tradizione.

## Legge VIII.

Gaius libro septimo ad edictum provinciale *De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.*

---

Gaio argomenta dal silenzio del pretore che il soddisfacimento del prezzo non sia necessario per poter intentare la Publiciana. Or è sicuro che questo soddisfacimento è una condizione necessaria pel passaggio della proprietà, compiuta la tradizione (51); però è dubbio se sia un presupposto per la usucapione. Ci sono

(51) Cfr. Serafini *Inst.* § 136.

ragioni pro e contra (52); in mancanza di testi tanto in materia di Publiciana che di usucapione, non si può stabilire nulla di certo. Il silenzio non prova nulla, e lo stesso Gaio non dà alla sua che il nome di congettura.

L' Appleton giustamente osserva che Gaio non potrebbe dal silenzio del pretore argomentare la non necessità del pagamento del prezzo per la Publiciana se così non fosse anche per la usucapione; altrimenti egli cadrebbe in un controsenso. Del resto l'equità induce a tale conclusione: infatti egli nota che, o il venditore non è proprietario e allora ha interesse che il compratore usucapisca per liberarsi dal rispondere dell' evizione; o è proprietario e allora, stando sì lungo tempo senza richiedere il danaro, si intende che ha voluto seguir la fede del compratore e rinuncia alla garenzia del ritenuto dominio.

Non vale a sostenere la necessità del pagamento la L. 12 D. VI. 1, che riguarda il caso in cui il venditore, ereditando il proprietario, rivenda la cosa; quì è necessario che il compratore abbia sborsato il prezzo per poter eccepire *de dolo* (53).

---

(52) Huschke 57 sgg.

(53) *Si a Titio fundum emeris Semproni et tibi traditus sit praetio soluto, deinde Titius Sempronio heres exti'erit et eumdem alii vendiderit et tradiderit, aequius est ut tu potior sis.*

Cfr. Cuiacio *Comm.* IV. 1496 e VII. 580 e 1279.

Lo Huschke pensa che, come vi è un trasferimento di proprietà condizionato al pagamento del prezzo, così vi sia un decorso del tempo *ad usucapionem* condizionata al pagamento prima della sua perfezione. Anche la Publiciana perciò, che è l'incarnamento in un'azione di questo *dominio formantesi col tempo*, presuppone l'avverarsi di una tal condizione; se il pretore la concede anche prima, ciò si rapporta al suo generale sistema di fornire provvisoriamente i suoi mezzi giuridici, anche se tutte le condizioni non siano adempiute, al fine che un dr. minore non la vinca su uno maggiore, senza con ciò pregiudicarne uno ancora più grande.

## Legge IX pr. e §§ 1. 2. 3.

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *Sive autem emptori res tradita est sive heredi emptoris, Publiciana competit actio.*

1. *Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.*

2. *Sed et si praecessit traditio emptionem, item erit dicendum.*

3. *Item si hereditatem emero et traditam mihi rem*

*hereditariam petere velim, Neratius scribit esse Publicianam.*

---

La massima contenuta nel principio di questo frammento deriva dal noto concetto della rappresentanza.

Al § 1 si fa il caso di una Publiciana concessa a chi possiede per una causa non atta a trasferire domio (deposito, commodato), quando muti il titolo della sua detenzione, divenendo p. e. vendita.

Al § 2 si dice che poco importa per la Publiciana la *traditio* preceda la *emtio* invece di seguirla, come avviene normalmente. A questo proposito si è osservato che alla L. 31 pr. D. 41. 1 si richiede espressamente la precedenza della *emtio* pel passaggio di proprietà (54).

Ma i due passi non sono affatto in contradizione, secondo me. Essi anzi dicono la stessa cosa considerata da un diverso punto di vista. Paolo nella L. 33 afferma che alla tradizione allora soltanto può seguire immediatamente il passaggio di proprietà, quando è già stata fatta la vendita. Ulpiano nota che allora solo alla vendita può tener dietro senz'altro l'acquisto del

---

(54) *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Cfr. Cuiacio V. 733.

dominio, quando la tradizione fu già eseguita. In sostanza essi dicono insieme che tanto la vendita quanto la tradizione sono ambedue necessarie perchè la proprietà passi; l'ordine in cui si avverano poco monta.

Il § 3 si fonda sul principio che ciò che vale del tutto vale anche della parte; chi compra tutta l'eredità compra ciascuna delle singole cose onde essa risulta.

Non contradice la L. 1 C. (8. 45), dove si afferma che l'erede venditore non é tenuto per l'evizione delle singole cose ereditarie. La portata di essa legge, secondo osserva il Pellat, si riduce a questo, che non deve il compratore avere più di quello che avrebbe avuto l'erede.

## Legge IX § 4

4. *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.*

---

A questo paragrafo si suole opporre la L. 31 § 2 D. 19. 1, ove Nerazio dice:

« *Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est* ».

È questa un'altra delle antinomie, che ha dato molto da fare agli interpetri.

Ma leggiamo senza preconcetti i testi.

Noto subito che, pur non accettando completamente tutte le correzioni che il Mommsen fa ai due paragrafi (55), mi pare molto probabile che essi non ci siano stati conservati nella loro forma genuina.

La quistione proposta e risoluta da Ulpiano coll'autorità di Giuliano è, secondo me, la seguente.

Un tale non proprietario vende a due persone A e B separatamente una stessa cosa, che è da amendue comperata in b. f. (56). Egli procede con quest'ordine: vende la cosa ad A, poi la vende a B e glie ne fa tradizione; poi ne fa la tradizione ad A, il quale viene così a ottenere il possesso che aveva B. Ora questi può intentare la Publ. contro A per

(55) Al passo di Ulpiano, in luogo di *tantum emit*, pone: *eam tantum tenet* A quello di Nerazio, dopo *traditaque*, aggiunge: *utrique*, ed invece di *ius eius* scrive: *iuste.*

(56) Le parole *si duobus quis separatim vendiderit* mi pare che non possano alludere al caso di vendita fatta da due diverse persone.

riprenderlo, oppure, riacquistatolo, può essere convenuto da A anche con la Publiciana. Chi dei due, si domanda il giureconsulto, ha più dr. ad usare di tale azione? (57) E quì riporta l'opinione di GIULIANO concepita in termini generici, così che, se due acquistano dallo stesso autore, è poziore chi ricevette prima la tradizione; se da autori diversi, va data la preferenza al possessore. Ora, siccome nella ipotesi di ULPIANO, A e B derivano il loro dr. da una stessa persona, va sempre preferito B *cui priori res tradita est*, e quindi vince sempre, e quando intenta il giudizio contro A e quando è convenuto da esso.

Il passo di GIULIANO è alquanto più esteso di quello che si richiedesse per risolvere il problema proposto da ULPIANO, ma ciò non monta. ULPIANO anzi può aver voluto riportare tutto intero il pensiero, perchè se ne comprendesse meglio la ragione. E questa è (58) che, nel caso di un solo autore,

---

(57) *Utrum* etc.

Se si qustiona chi abbia maggior dr. ad esperire l'azione, vuol dire intanto che ambedue debbono trovarsi nella condizione di poterla intentare, cioè ambedue debbono, oltre che comprato, aver ricevuto la cosa in tradizione. Il *qui tantum emit* non può voler quindi significare che un dei due ha soltanto comprato.

Avanti al *tantum* va logicamente sottinteso un *prior*, in correlazione del precedente *priori*, e la frase vuol dire che, mentre l'uno per primo ha ricevuto la tradizione, l'altro ha per primo comprato.

(58) Cfr. L. 14 D. 20. 4 di PAOLO.

siccome egli non può fare che una sola vendita e una sola tradizione, il dritto è acquistato da chi per primo ha riunito le due condizioni (*cui priori res tradita est*); nel caso poi di due venditori distinti, essendo in tutto il resto uguali le condizioni dei due pretendenti, si applica il principio che *caeteris paribus melior est conditio possidentis.*

E ciò per ULPIANO. NERAZIO poi nel suo passaggio dice: ciascun di noi comprò lo stesso oggetto *a non domino* in b. f. e ne seguì la tradizione (59); ebbene, o che noi abbiamo lo stesso autore o che ne abbiamo diversi, va protetto dal pretore (*tuendus est*) *qui prior ius eius adprehendit, hoc est cui primum tradita est* (60), essendo necessario per *ius adprehendi*, oltre la vendita, anche la tradizione. Se poi uno comprò dal domino, allora è questi che in ogni caso (*omni modo*) va protetto, cioè colla *rei vindicatio*. Mentre nella ipotesi antecedente l'azione di cui si tratta è la Publiciana.

NERAZIO dunque non ne vuol sapere della distinzione tra uno o due autori; egli preferisce sempre chi acquistò prima il diritto.

(59) Non si spiega se a tutte e due od a un solo, ma si ricava che sia ad ambedue dal posteriore *cui primum* etc., il che importa un *cui postea*; quindi l' aggiunta del MOMMSEN « *utrique* » è verosimile ma non necessaria.

(60) La variante del MOMMSEN « *iuste* » mi pare non migliori il testo.

La divergenza tra lui e GIULIANO mi sembra chiara ed innegabile. Essa ha radice nelle due scuole diverse, cui appartenevano i due giureconsulti, essendo GIULIANO Sabiniano e Proculeiano NERAZIO. La chiusa del paragrafo di ULPIANO, *quae sententia vera est*, come nota il VANGEROW, sta a testimoniare anch'essa l'esistenza di una controversia tra i giuristi, a questo proposito.

L'APPLETON (cap. XVII) spiega la soluzione di NERAZIO col fatto che questi, essendo più vicino alla introduzione della Publiciana, risentiva di più l'influenza del procedimento delle *vindiciae*, onde secondo lui trasse origine l'azione. Ora in quello, quando i due pretendenti si fondavano ciascuno su un giusto titolo, era alla poziorità di esso che si badava per attribuire il possesso, solo in secondo luogo tenendosi conto della preesistenza di questo presso una delle parti. La ipotesi di APPLETON non è inverosimile.

La soluzione invece di GIULIANO e di ULPIANO è più conforme all'organismo della nostr' azione, inquanto, nel caso di un unico venditore, il primo acquirente poteva opporre al secondo, come derivante il diritto dallo stesso autore, l'*exceptio rei venditae et traditae,* la quale invece non poteva da lui opporsi nella ipotesi che due diverse persone avessero venduto. È la opinione di GIULIANO quindi che va accettata in diritto delle Pandette.

Tra coloro, che ammettono la inconciliabilità delle due leggi, è il GIMMERTHAL, il quale però ne dà una spiegazione tutta particolare. Egli parte dal presupposto che il « *cum emptio venditioque sine dolo malo fieret* » di NERAZIO alluda alla b. f. da parte del venditore, asserzione del tutto gratuita.

Il giureconsulto insieme a GIULIANO sarebbe stato un rappresentante della scuola di coloro che, secondo il GIMMERTHAL, anticamente volevano per la Publiciana la buona fede anche da parte del trasferente.

Ciò posto, nella specie di NERAZIO, essendo i due venditori di b. f., tutti e due i compratori acquistano il diritto alla Publiciana e perciò bisogna guardare a chi fu primo. Nella specie di GIULIANO invece, essendo i due venditori in m. f., nessuno dei compratori acquista il diritto alla Publiciana, e quindi è migliore la condizione di chi possiede. Ma tutte queste ipotesi sono fantastiche e poi, nota bene l'APPLETON, sarebbe curioso che si facesse quistione *quis magis Publiciana uti possit*, quando nel caso di GIULIANO essa non spetta a nessuno.

Altri per conciliare i due passi hanno riferito il *tuendus est* di NERAZIO al convenuto, e così questi una volta sarebbe difeso come primo acquirente ed un'altra come possessore (61). Ma osta l'uso tecnico

(61) Questa interpretazione si trova in uno scolio di STEFANO.

della frase e la logica del costrutto. Perchè Nerazio chiamerebbe primo acquirente chi si difende solo qual possessore?

Lo Huschke (o. c. p. 96) intende invece che tanto Ulpiano quanto Nerazio si riferiscano alla ipotesi della lotta giuridica degli acquirenti con un terzo, mentre Giuliano, citato da Ulpiano, riguarda il caso della lotta di quelli tra loro.

La quistione proposta da Ulpiano e da Nerazio si rapporterebbe all' altra, se l'usucapione cominci al momento del contratto o a quello della tradizione; ora, essendosi la scienza decisa per l'ultima, siccome siamo presenti ad una sola tradizione, era naturale che rispondessero competere il diritto solo a chi realmente lo avea acquistato. Giuliano, che invece riguarda la lotta fra gli stessi acquirenti, dà la preferenza al primo in ordine di tempo quando sia unico l'autore, perchè quì, come nella ipotesi di Ulpiano e Nerazio, è possibile una sola tradizione; al possessore invece, nel caso contrario, per la contraria ragione. Ma questa spiegazione, oltre che troppo artificiosa, presuppone malamente che quel *tradita est* di Nerazio alluda ad una sola tradizione, ipotesi che anche arbitrariamente si fa nel caso di Ulpiano.

## Legge IX § 5

5. *Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.*

Contro questo paragrafo parla la L. 12 § 2 h. t. (Paolo):

*In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit si forte bona fide mihi tradita est.*

Il Tigerstroem (62) addirittura ritiene che il § 5 è un errore dei giuristi, divisi intorno a questo punto, errore che non deve fuorviarci! Ma naturalmente questo modo di far la critica è inaccettabile.

Tra le proposte fatte, per venire ad una conciliazione, la meno attendibile è certo quella del Kritz (63), secondo cui nel paragrafo in esame si dice che il ladro stesso non può usucapire. Anche questa è una opinione messa fuori di discussione.

Quella del Vangerow invece è degna di maggior considerazione. Egli ritiene che, introdotta dal pretore la *praescriptio longi temporis* per gli oggetti cui non si applicava la *usucapio* e principalmente i fondi

(62) *Das Recht der Besitzes* p. 127 segg.
(63) *Darstellung* etc. p. 126 segg.

provinciali come i vettigali, la Publiciana fosse estesa a tutte le cose prescrittibili a questo modo. In luogo dell'« *aliis praediis* » forse si parlava dei fondi provinciali originariamente. Già il CUIACIO aveva così interpetrato la L. 12 e lo HUSCHKE e il GIMMERTHAL e il SINTENIS ritengono vera l'estensione (64). Però il GIMMERTHAL dà una spiegazione riguardo ai due testi, che forse è preferibile.

Egli sostiene che il § 5 di ULPIANO riguardi la esclusione della Publiciana per quelle cose che *propter vitium rei* erano escluse dalla *usucapio*, per un difetto cioè che le colpiva intrinsecamente non rendendole idonee a passare nel dominio o quasi-dominio di altri (furtività p. e.); mentre il passo di PAOLO ammette la Publiciana per tutte quelle cose, che sfuggono alla *usucapio* per altre considerazioni (fondo vettigale p. e.) (65). Questa opinione mi pare più ragionevole. Il primo genere di cose è sottratto tanto alla usucapione che alla Publiciana per ragioni superiori di giu-

---

(64) Il GIMMERTHAL obbietta al VANGEROW che, se PAOLO avesse voluto veramente fare quella estensione ch'egli dice alle cose prescrittibili *longo tempore*, avrebbe parlato al primo posto dei fondi provinciali.

(65) Il VANGEROW oppone al WENING, che sostiene la stessa teorica del GIMMERTHAL fondandosi sulle L. 7 § 4 e L 13 § 2 h. t., che le cose dei pupilli e dei minori in dr. giustinianeo non sono sottratte alla usucapione; ma ribatte il GIMMERTHAL che, se ciò è vero, però non infirma la sua teoria, la quale non ha bisogno di quei testi.

stizia, mentre nel secondo, se speciali riguardi possono giustificare l'inusucapibilità, non per questo debbono impedire la difesa di ogni diritto, che si possa acquistare sulla cosa, quando questo cede di fronte a quello maggiore del proprietario.

Così accetto la soluzione del GIMMERTHAL in diritto giustinianeo, ma tra i giuristi è molto probabile ci fosse un dissenso.

## LEGGE IX § 6 E LEGGE X.

6. *Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. municipes quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione,*

PAULUS libro nono decimo ad edictum *sive peculiari nomine servus emerit sive non.*

---

La interpetrazione che generalmente si dà a questo passo si è che l'acquisto fatto alla eredità giacente o ai *municipes* da un servo possa esser protetto dalla Publiciana, senso che risulta dalla colleganza dei due testi.

Ora si fa questione: ma la eredità non può pos-

sedere (66), come dunque accordare la Publiciana? Già in fatto di usucapione la controversia fu agitata dai giureconsulti romani, i quali pare che acconsentino la usucapibilità solo per acquisti fatti dallo schiavo *ex causa peculiari*, rappresentando egli in tal caso il domino, non solo *corpore* ma anche *animo*; vi sono quindi gli estremi del possesso, il quale *facti est et animi* (67). Ciò posto, si capisce perchè si debba accordare anche la Publiciana per l' acquisto *ex causa peculiari*. Ma al fr. 10 si dice chiaro: *sive peculiari nomine servus emerit sive non*. Alcuni se la son cavata coll'intendere restrittivamente al solo caso del peculio la prima parte del § 6, e riferire le parole della legge 10 ai soli *municipes*. Ma ciò è poco conforme al nesso logico dei due frammenti. Giusta a me sembra invece la osservazione dello Huschke, che cioè la usucapione, dove è neces-

(66) L. 1 § 15 D. 47. 4: «... *possessionem hereditas non habet quae facti est et animi* ». La questione se l'eredità giacente possa o no possedere si ricollega all' altra, dibattutissima, della sua natura. Quel che si può dire di sicuro intorno a tale argomento è che gli stessi Romani non avevano un concetto chiaro; tale è la confusione che si trova nei vari passi del Digesto, che ha dato luogo a disparatissime ipotesi.

(67) Cfr. L. 16 D. 44. 7; L. 22 § 3 e L. 12 § 2 D. 49. 15; L. 29 D. 49. 15; L. 1 § 5 D. 41. 2. Papiniano sembra dubitarne alla L. 44 § 3 D. 41. 3, ove dice essere *iure singulari receptum*. Così nella L. 45 § 1 D. eod. lo stesso Papiniano pare lo neghi, ma il Mommsen corregge molto verosimilmente il testo. Vedi intorno a questo argomento Huschke o. c. p. 48 n. 85.

sario il possesso, non si può accordare che quando questo è possibile, ossia solo nell'amministrazione peculiare; la Publiciana invece, poichè non richiede il possesso ma solo la tradizione (che serve a compiere la giusta causa di compra-vendita), può estendersi a tutti gli acquisti riferentisi, o non, al peculio.

E per i *municipes?* Intorno alla facoltà che essi hanno di possedere o meno pare vi fosse divisione tra i Romani (68); del resto, o si ritiene che l'avessero completamente ed allora non c'è difficoltà per ammettere la Publiciana, o si parificano all' eredità giacente ed in questa seconda ipotesi non si tratta che di ripetere il ragionamento fatto avanti.

## Legge XI pr. e § 1.

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit Publicianam illi dandam.*

1. *Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per*

---

(68) L. 1 § 22 D. 41. 2 e L. 2 eod.

Cfr. Cuiacio VII. 980; egli conferma che ad andar pel sottile i *municipes* non possono possedere, ma soggiunge: *id olim obtinuit; subtiliora sunt iura vetera, confusiora nova et confusissima sunt novissima.*

*domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.*

---

Inquanto al principio cfr. L. 4 § 14 D. 41. 3. Cuiacio riconduce il caso alla figura giuridica del *procurator in rem suam* con relativa cessione di azione.

Intorno al § 1 si quistiona sulla maggiore o minore estensione della Publiciana alle servitù. La stessa controversia esiste in tema di usucapione, dove sono state avanzate le opinioni più disparate (69).

La materia è molto incerta, ma pare possa ritenersi che fin dal tempo delle XII tavole, o non molto dopo, l' usucapione si estendesse alle servitù; si discute se a tutte o ad alcune, e a quali, e sul tempo necessario, se di uno o di due anni.

L'Ascoli ritiene che l'anno bastasse per tntte. In una certa epoca del diritto antegiustinianeo ( tra il secolo 7° e l'8° u. c.) la *lex Scribonia* avrebbe abolito l'usucapibilità di esse ; però la *praescriptio longi temporis practoria* sostituì anche quì l' antico instituto, e così, quando per opera di Giustiniano scomparve ogni distinzione tra *usucapio* e *praescriptio*,

---

(69) Cfr. l'articolo di Ascoli -- Archivio giuridico Vol. 38 fasc. 1-2.

fu ad esse applicata come alle altre cose la ordinaria prescrizione, salva una grave disputa che si fa sull' ammissibilità o meno di tutti i requisiti di questa.

Ciò posto, si capisce storicamente l'applicazione della Publiciana a tutte le servitù (70).

Il GIMMERTHAL, fermo nei suoi concetti restrittivi, intende la frase *servitutibus urbanorum praediorum* nel senso che si tratti di servitù rustiche riferite a fondi urbani, accettando il criterio del WINDSCHEID per distinguere le servitù urbane e rustiche, cioè la natura del fondo cui *ordinariamente* son legate. (71) Ora la citazione, nel paragrafo, della *servitus aquaeductus*, che generalmente è considerata come rustica (anzi è una delle quattro originarie e quindi *res mancipi*), starebbe a sostegno della sua tesi.

Però l'espressione chiarissima *servitutibus urbanorum praediorum* non si presta a tale gioco, che il GIMMERTHAL fa influenzato dal suo presupposto, che la Publiciana si applicasse in origine solo alle *res mancipi*.

La ipotesi contemplata nel paragrafo è di una

---

(70) Lo HUSCHKE congettura pel tempo posteriore alla *Lex Scribonia* la finzione: « *si lex Scribonia lata non esset* » o altra simile. Il KELLER (*Pand.* § 185) invece l'altra: « *si iure constituta servitus esset* ». L'APPLETON ritiene che la formula fosse concepita *in factum*.

(71) Però lo stesso WINDSCHEID non ci tiene (*Pand.* § 210). Siamo infatti in un campo pieno di dubbiezze.

costituzione irregolare *a domino*, ma nulla osta a estendere l'efficacia della legge alle costituzioni *a non domino*. Ciò che del resto quasi tutti ammettono.

### Legge xi. §§ 2. 3. 4. 5.

2. *Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiam si ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.*

3. *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.*

4. *Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habebo.*

5. *Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est, ut et Pomponius libro quadragensimo scripsit.*

---

Questi quattro paragrafi ho riunito nella discussione, perchè abbracciano la teoria del parto in tema di Publiciana.

Vediamo prima la questione fatta dal punto di vista della usucapione. (72) Siamo in caso di accessione, come osserva lo HUSCHKE (p. 66 segg.): quando sarà richiesta la b. f.? Vi sono dei testi, i quali la vogliono al momento del parto (73), altri invece al tempo dell'acquisto della madre (74). Lo HUSCHKE giustamente trova preferibile il secondo criterio, in quanto fonda il dr. dell'usucapiente su un negozio giuridico, che è il presupposto necessario di ogni titolo compreso il *pro suo*, e non su un fatto senza alcun valore dal punto di vista del diritto. POMPONIO poi estende la necessità dell'ignoranza sino ad usucapione compita, salvo il caso che il possessore ne avesse avvertito il domino (75).

Ora ULPIANO riferisce al § 4 il pensiero di GIULIANO, che è quello di tener conto solo del momento dell'acquisto, per cui è evidente che, ammessa così l'usucapione, debba ammettersi anche la Publiciana. Ma nel § 2 la Publiciana è ammessa anche se l'ancella non partorisca presso il possessore di b. f. (76), e ciò anche è

---

(72) CUIACIO *Comm.* VI. 326: « *Jamdiu torquet haec quaestio doctores nostros, contentionis et gloriae cupidiores quam veritatis: an partus ancillae furtivae usucapi possit* ».

(73) L. 4 § 18 D. 41. 3 (PAOLO).

(74) L. 44 § 2 D. 41. 3 (PAPINIANO).

(75) L. 4 pr. D. 41. 10.

(76) Il significato delle parole: *etiam si ab eo qui emit pos-*

conforme allo spirito dell'azione. Essa non richiede il *possesso*, ma garantisce anche un dr. acquisito *al possesso*, come è il nostro caso. Una volta che presso il possessore di b. f. è stato concepito il parto, su di esso egli ha una ragione di giusta aspettativa, che va protetta contro chi, togliendogli il possesso dell'ancella, gli impedisce di poter godere del nato, senza vantare però su di questo un diritto maggiore.

La ragione dell' ultima parte del § 2 è evidente.

Passiamo al § 3. Quì, come è chiaro, in caso di donazione si richiede la b. f. fino al tempo in cui si esperisce la Publiciana; una eccezione dunque al principio: *mala fides superveniens non nocet.*

Un antico rimedio per sfuggire a questa conseguenza si è quello proposto dal Cuiacio (77), il quale invece di *experiar* leggeva *et pariat* o, come vuole il Mommsen, *ea pariat.* Il Charondas (78) assicura di aver letto la variante in un manoscritto.

---

*sessus non est* è appunto, come nota Cuiacio (VII. 589): *licet alibi natus.*

Poichè, quando si dice *possesso del parto*, si considera questo come qualche cosa per sè stante, già distaccato cioè dal ventre materno.

Taluno, sostenendo la necessità del possesso nella Publiciana, osserva che questo caso, che sembra contrario, può mettersi fuori, in quanto il possesso del parto si connette con quello della madre. Ciò non è vero, dovendosi considerare il parto dopo la nascita.

(77) *Comm.* 590.

(78) Lud. Charondas - Ed. Pand. - Anversa 1575.

Però stanno contra la Fiorentina e i Basilici (79) e, come nota lo HUSCHKE, la stessa esigenza logica e grammaticale, in quanto il « *si modo* » accenna a un tempo al di là di quello, già menzionato, del parto. Oggimai i più rifiutano la correzione (80).

La comune opinione si è invece che il caso del § 3 sia proprio una eccezione (81).

Io trovo verosimile la ipotesi dello HUSCHKE. Il passo di ULPIANO in esame si rapporta al principio che vigeva nel dr. antegiustinianeo, che cioè la mala fede superveniente nocesse all' usucapione *ex titulo lucrativo*. Questa restrizione fu tolta da GIUSTINIANO (82), ed è solo ad una svista dei compilatori che si deve la presenza di questo paragrafo nel Digesto.

Il significato del § 4 è stato da noi già spiegato trattando del § 2.

Il § 5 è una estensione naturale del principio sancito nel § 2.

---

(79) « ἐὰν ἐν τῷ κινεῖν αγνόω μητέρα κλοπιμαίαν ».

(80) Anche PELLAT e APPLETON.

(81) VANG. l. c. GIMM. p. 108.

(82) L. un. C. 7. 31 « . . *ut in omnibus iusto titulo possessionibus antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpitur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est* ».

## LEGGE XI §§ 6. 7. 8. 9. 10.

6. *Pomponius libro quadrangesimo scripsit. Idem ait aedibus emptis, si fuerint dirutae, ea quae aedificio accesserunt huiusmodi actione petenda.*

7. *Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit: et ideo si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem, quae per alluvionem accessit: et ita Pomponius scribit.*

8. *Idem adicit et si statuae emptae partes recisae petantur, similem actionem proficere.*

9. *Idem scribit, si aream emero et insulam in ea aedificavero, recte me Publiciana usurum.*

10. *Item, inquit, si insulam emi et ad aream ea pervenit, aeque potero uti Publiciana.*

---

Col § 6 si concede l' az. Publiciana per le accessioni ad un edificio diruto. CUIACIO nota (83) che con questo non si contraddice alla L. 7 § 1 D. 41.4, ove si stabilisce che l' usucapione della cosa principale non importa quella dell' accessoria, se non è trascorso per ciascuna di esse il tempo *lege definitum*.

Il § 7 è alquanto scorretto senza dubbio. Il

(83) *Comm.* III. 1. 226.

Mommsen nella sua Ed. del Digesto vorrebbe sostituito al secondo *non* un *nec*, e innanzi all' « *et ad partem* » intromesso un « *Publiciana pertinet* ». Lo Huschke legge, invece di *et ad partem*, *etiam pars ea.*

Nel § 8 si applica lo stesso principio alla statua. Cuiacio nota come Azone avesse indicato che quì si accenna alla *ferruminatio*, non alla *plumbatura*; *rescinduntur enim ferruminata non adplumbata, quae ius suum retinent.* (84) Il Gimmerthal (p. 111) per sostenere la sua tesi circa gli obbietti della Publiciana dice che quì si considera la *statua* come *pars recisa* dell' immobile cui accede, ma ciò è arbitrario.

Il § 9 e il § 10 sono sempre ispirati alla stessa massima.

## Legge XII. - pr. -

Paulus libro nono decimo ad edictum *Cum sponsus sponsae servum donasset eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a divo Pio divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. dabitur ergo*

---

(84) È noto come oggi si ritiene vi sia *plumbatura* quando si fa uso di un metallo *intermediario*, nel caso contrario *ferruminatio.*

*et possidenti exceptio et amissa possessione Publiciana, sive extraneus sive donator possideat.*

---

Lo Schulin costruisce così il caso:

1° La donna possiede, dopo il divorzio, la cosa donatagli dal marito, possessore di buona fede, prima del matrimonio, e da lei costituitagli in dote prima della usucapione. Il marito, avendo usucapito l' oggetto entro il matrimonio, intenta contro la moglie la R. V., contro cui ella eccepisce l'avvenuta donazione; e, replicando il marito avere la moglie retrocesso a lui il suo dominio bonitario, si concede a questa una *doli duplicatio* sulla base dell' obbligo del marito alla restituzione della dote sciolto il matrimonio.

2° La donna ha perduto il possesso; e allora può richiedere la cosa colla Publiciana sul titolo dell' avvenuta *donatio*, e alla *exceptio iusti dominii* del marito può replicare *de dolo.*

In questo modo si considera la Publiciana, concessa alla donna, come un mezzo per ottenere la restituzione della dote, e si presuppone la compiuta *usucapio* da parte del marito. Ora lo Huschke nota che avanti Giustiniano non si pensò mai ad un'azione reale per richiedere la dote, e che la avvenuta usucapione del marito è una ipotesi arbitraria. Inoltre è poco naturale che Paolo parlasse prima della *exceptio*, riferendosi al fortuito possesso della cosa dotale da

parte della donna, a divorzio conchiuso; che, passando poi al caso del perduto possesso, insieme al marito, anzi prima di lui, accennasse all' *extraneus*; infine il caso ordinario della *non possessio* della donna lo tralasciasse addirittura.

È in base a queste giuste osservazioni che lo stesso Huschke ritiene la Publiciana, di cui quì si parla, fondata non sull' antica *donatio*, ma sul titolo della avvenuta *restitutio dotis*, la quale avrebbe ritornato alla donna il primitivo dominio bonitario, che, a usucapione non ancora perfetta, avea passato al marito mediante la costituzione in dote.

E questa soluzione mi pare sotto ogni rispetto più conveniente (85).

## Legge XII. §§ 1. 2. 3.

1. *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.*

2. *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.*

---

(85) Cfr. Cuiacio *Comm.* VII. 574.

3. *Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

---

Il § 1, che si riferisce all' ipotesi del fedecommesso restituito in base al senatusconsulto Trebelliano, ritengo con la maggioranza che non fa che sanzionare il passaggio, in persona dell'erede, della Publiciana già spettante al *de cuius*. Perciò, nota Appleton, si parla di restituzione *ex Trebelliano* e non *ex Pegasiano*, nel quale ultimo caso il successore è considerato a titolo particolare e non universale. (cfr. Appleton cap. XIII p. 247 seg.)

Dei §§ 2 e 3, riguardanti il diritto sugli agri *vettigali* e *provinciali* e quello del superficiario, abbiamo discorso altrove.

## Legge XII §§ 4. 5. 6. 7.

4. *Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.*

5. *Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.*

6. *Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest.*

7. *Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.*

---

Nel § 4 si nega la Publiciana per quelle cose per cui esiste un divieto di alienazione legale. Quì si riconnette la quistione fatta dai giuristi intorno alla L. 28 pr. D. 50. 16, ove è detto: *alienationis verbum etiam usucapionem continet*, principio che lo Schroeder ed altri con lui non accettano in tutta la sua estensione (86).

Lo Huschke osserva che l'impedimento alla usucapione vale in questi casi solo per colui, che deve fondarla sul titolo annullato dal divieto della legge, non già per un mediato acquirente in base di un' altra giusta causa, o per chi già trovavasi nello stato di usucapire la cosa, quando questa divenne inusucapibile: e, riguardo all'alienante, solo quando questi è proprio la persona, cui la legge impedisce, ed ha alienato volontariamente (87).

Il nostro paragrafo ha la sua ragione nel fatto che manca addirittura la *iusta causa*, ed è questa la vera ragione per cui la Publiciana non può esperir-

---

(86) Del resto lo stesso Paolo, autore del frammento, lo riconosce quando seguita: *vix enim est ut non videatur alienare qui patitur usucapi*.

(87) Cfr. Appleton cap. VI sez. II per la confutazione di Huschke e la generale teoria.

si. Nè, aggiungo, potrebbe essere supplita dalla b. f. s da costituire un titolo putativo, giacchè non si tratterebbe di ignoranza del fatto, ma di ignoranza del diritto.

Se il giureconsulto si esprime dicendo che la Publiciana non è concessa, perchè il pretore non può andare contro la legge, ciò si intende colla evoluzione storica di questi divieti, che non erano dapprima considerati come annullativi dell' atto in sè stesso.

Abbiamo altrove spiegato la ragione del § 5, e come l'Appleton ne tragga argomento pel computo, all'indietro dalla *litis contestatio*, dell'anno della finzione.

Il § 6 applica alla parte lo stesso diritto, che compete al tutto.

Il § 7 allude, come abbiamo già spiegato, alla possibilità di restringere in un sol punto il possesso, quando esso è richiesto.

## Legge XIII.

Gaius libro septimo ad edictum provinciale *Quaecumque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.*

1. *Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignera-*

*ticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*

2. *Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.*

---

Nel principio di questo frammento Gaio esplicitamente afferma ciò che in un modo meno chiaro dice Ulpiano al fr. 1 § 2, quando si rivolge quella domanda, che non ha risposta nel Digesto.

Nel § 1 si esclude dal novero delle *iustae causae* quella di pegno, per la ragione che il creditore pignoratizio non ritiene la cosa *cum animo domini*; lo stesso nel caso di precario.

Se così fosse veramente, allora dovrebbe escludersi la Publiciana anche dalle servitù; quindi, come fa l'Appleton, bisogna intendere la frase nel senso che il creditore ipotecario non acquista un diritto distinto da quello di chi gli concede il pegno.

Come notano lo Huschke ed il Gimmerthal, quì la espressione *iusta possessio* è usata impropriamente per *iusta causd,* volendo in somma dire il giureconsulto che non da tutte le cause giuste ( preso il significato di questa frase in lato senso) nasce

la Publiciana, ma solo da quelle dirette all' acquisto della proprietà. Nella L. 18 D. 20. 1 è spiegato come la *Serviana* possa avere l'estensione della Publiciana, quando il pegno è costituito da chi ha un diritto sulla cosa, protetto appunto dalla nostr' azione.

Del § 2 abbiamo altrove discorso. Noto come qualcuno toglie in questo paragrafo la parola *auctore* dopo *deceptus falso tutore*.

## Legge XIV.

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denunciavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, emptorem tuebitur praetor, sive possideat sive petat rem. sed quod iudicio empti procurator praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti: « si non auctor meus ex voluntate tua vendidit ».*

---

È questo uno dei casi in cui si concede la Publ. sebbene l'attore conosca il vizio del suo titolo; e ciò in pena al domino, che sarebbe tenuto, secondo equità,

a riconoscere l' acquisto del suo contradittore. (88) La specie è questa: Il domino, che ha ordinato al suo procuratore di vendere un oggetto, gli inibisce (89), a contratto fatto, di effettuarne la tradizione. Il procuratore, ciò non ostante, la esegue. Il compratore ha la Publ. per riottenere il possesso, qualora lo venga a perdere. Ciò che il procuratore fosse obbligato a dare al compratore in un giudizio di vendita, per non essersi questi per ignoranza saputo difendere dall'eccezione del domino, può richiederlo in giudizio di mandato dal domino stesso. Cuiacio nota giustamente che quì si presuppone l' inibizione del proprietario sia avvenuta dopo che il procuratore ha ricevuto il prezzo di compra.

---

(88) Altro caso è quello della *datio in noxam* di uno schiavo altrui, quando il vero domino non voglia offrire la *litis aestimatio* (L. 28 D. 9. 4). E così quello in cui il venditore, non proprietario, divenuto domino per successione, rivenda ad altri la cosa, che è tornata per caso in suo possesso.

(89) Cuiacio distingue la *denunciatio* dalla *prohibitio*, secondo che si fa prima od al momento della tradizione (IV. 755).

### Legge XV.

Pomponius libro tertio ad Sabinum *Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.*

---

Questo caso va congiunto a quello del servo ereditario, contemplato nella L. 9 § 6, per la teoria del possesso come condizione della Publiciana.

Intorno alla quistione, se si potesse possedere per mezzo del servo fuggitivo, i testi del Digesto ci presentano contrarie opinioni, sostenute l'una da Nerva figlio, che lo negava, l'altra da Giuliano e da Cassio, che l'affermavano. Però altrove pare che Giuliano fosse del pensiero di Nerva figlio, opinione che divideva certo anche Pomponio, come risulta dal secondo fr. riportato in nota e dal presente (90).

### Leggi XVI e XVII.

Papiniani libro decimo quaestionum Paulus notat: *Exceptio iusti dominii Publicianae obicenda est.*

---

(90) L. 1 § 14 D. 41. 2; L. 17 § 3 D. 47. 2. Cfr. Cuiacio VI. 1220.

NERATIUS libro tertio membranarum *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio « si ea res possessoris non sit »: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

---

Questi due frammenti riguardano il rapporto dell' attore della Publiciana coll'avente un diritto poziore, il domino. Or, come nel caso di collisione di due diritti equipollenti, or l'uno or l'altro ha il sopravvento, a seconda di certe date circostanze, così nella lotta giuridica tra l'attore della Publiciana e il domino non è sempre questi ad aver la vittoria, come forse potrebbe parere dai frammenti che noi comentiamo.

Lo HUSCHKE nella sua monografia (85 sgg.) tratta lungamente e bene la quistione dei limiti di questa priorità del *dominus*, sostenendo che la *exceptio iusti dominii* fosse concessa *causa cognita*, e giunge sino a ritenere che di ciò si dovesse parlare espressamente nell' editto, in una forma p. e. come la seguente:

*« si a domino petetur, causa cognita, exceptionem ei dabo. »*

Senza discutere sulla possibilità o meno della clausola edittale, certo che il principio sostenuto dallo HUSCHKE è vero, e, se non ci è nel Digesto alcun luogo dove si affermi in modo positivo la intrinseca

limitazione del diritto del domino, però ve n' ha qualche traccia. Così, nello stesso fr. 17 sopra citato, come prima ragione della priorità, si accenna all' *aequitas*, e più chiaramente alla L. 57 D. 17. 1 è detto: *exceptio iusti dominii* CAUSA COGNITA *detur*. Nè fa ostacolo il modo assoluto, in cui si esprime PAOLO nella nota a PAPINIANO del fr. 16, giacchè naturalmento va sottinteso: *se merita di esser presa in considerazione.*

Nel fatto sta che in molti luoghi delle Pandette, per casi diversi, si trova accordata la Publ. contro il domino, oppure una *replicatio* alla sua *exceptio iusti dominii.* Fin dai più antichi comentatori si cercò di classificare tutti questi casi o di enumerarli, ma tutte le enumerazioni e le classificazioni sono sempre più o meno incomplete, dipendendo dai criteri particolari di ciascuno includerne o escluderne più o meno (91).

Tra i tanti controversi è degna di nota la citata L. 57 D. 17. 1.

La specie contemplata dalla legge, fatta la correzione del « *non uliliter* » in « *non inutiliter* »,

---

(91) Così CUIACIO non si capisce quanti propriamente ne ammetta, ora parlando di 3 (I. 405), ora di 5 (IV. 2480), ora di 8 (IV. 755), ora indicandoli indeterminatamente. (IV. 965).

Il DONELLO raggruppa in 3 classi le ragioni che sopraffanno il diritto del domino (l. c. § XV).

Il GIMMERTHAL ne fa anche 3 gruppi. Cfr. per questa parte APPLETON capo XVI.

contro la Fiorentina ma coll'autorità dei Basilici (92), non presenta niente di difficile. La rigirata interpetrazione di coloro che, ritenendo il « *non utiliter* », intendono pel mercante, che ritorna, uno dei compratori dei servi, va contro le chiare parole del testo: *eos ab emptoribus usucaptos videri placuit.* Pure è sostenuta da alcuni.

La *exceptio iusti dominii* ha parecchi nomi nel Digesto, come:

*Si ea res possessoris non sit.* (L. 17 h. t.).
*Si dominus eius sit* (L. 28 D. 9. 4).
*Si non eius sit res* (L. 24 D. 44. 2) etc.

**FINE**

---

(92) Cfr. pel testo del frammento la nota 123 della prima parte. Ecco le parole dei Basilici: ὑποστρέφων δὲ ἐκ τῆς ἐπαρχίας ὁ σωματέμπορος καλῶς κινεῖ τὴν πουβλικιανήν (XIV. 1).

# INDICE



